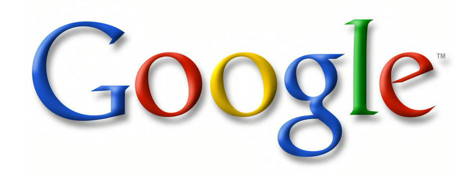
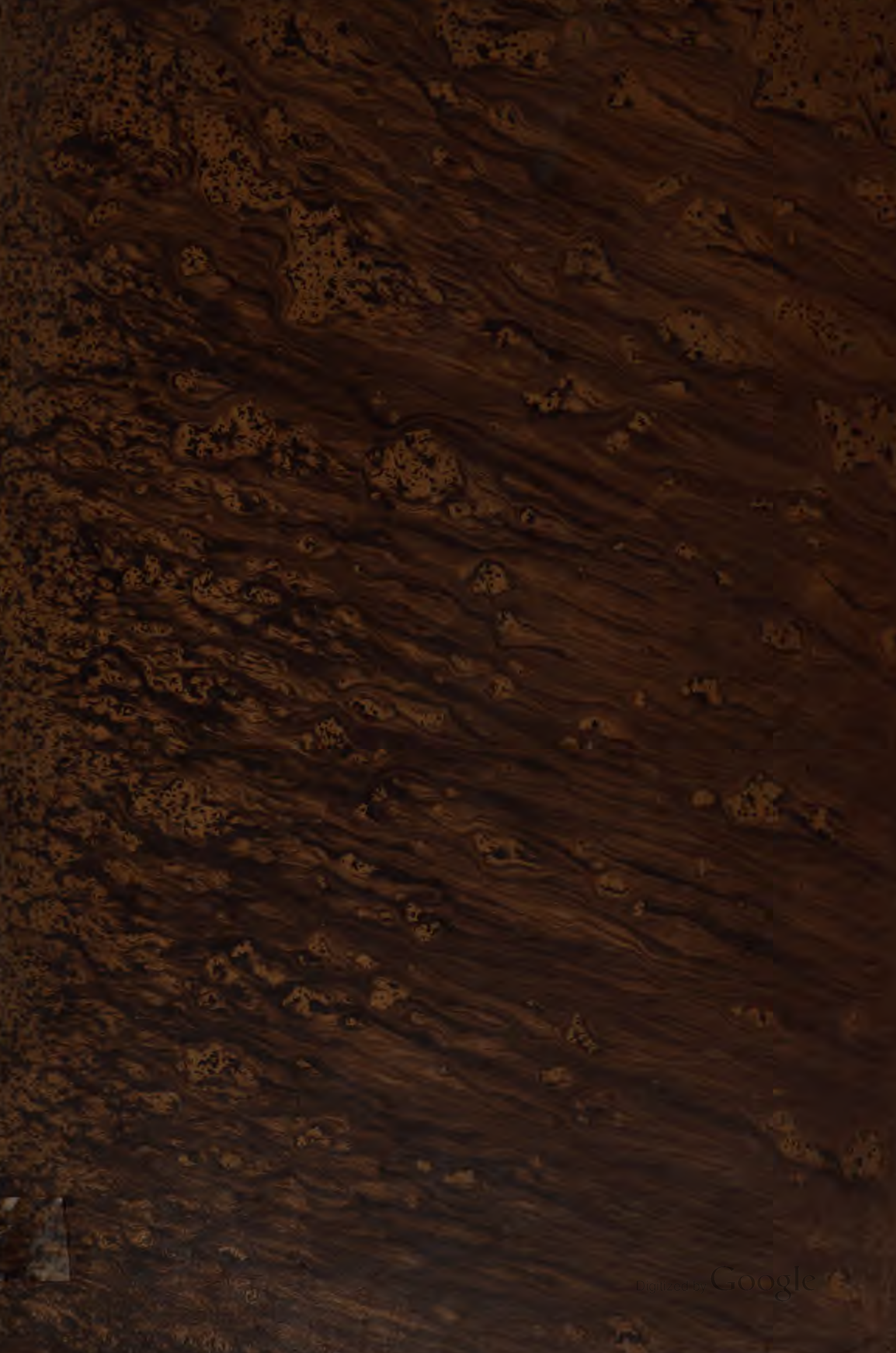
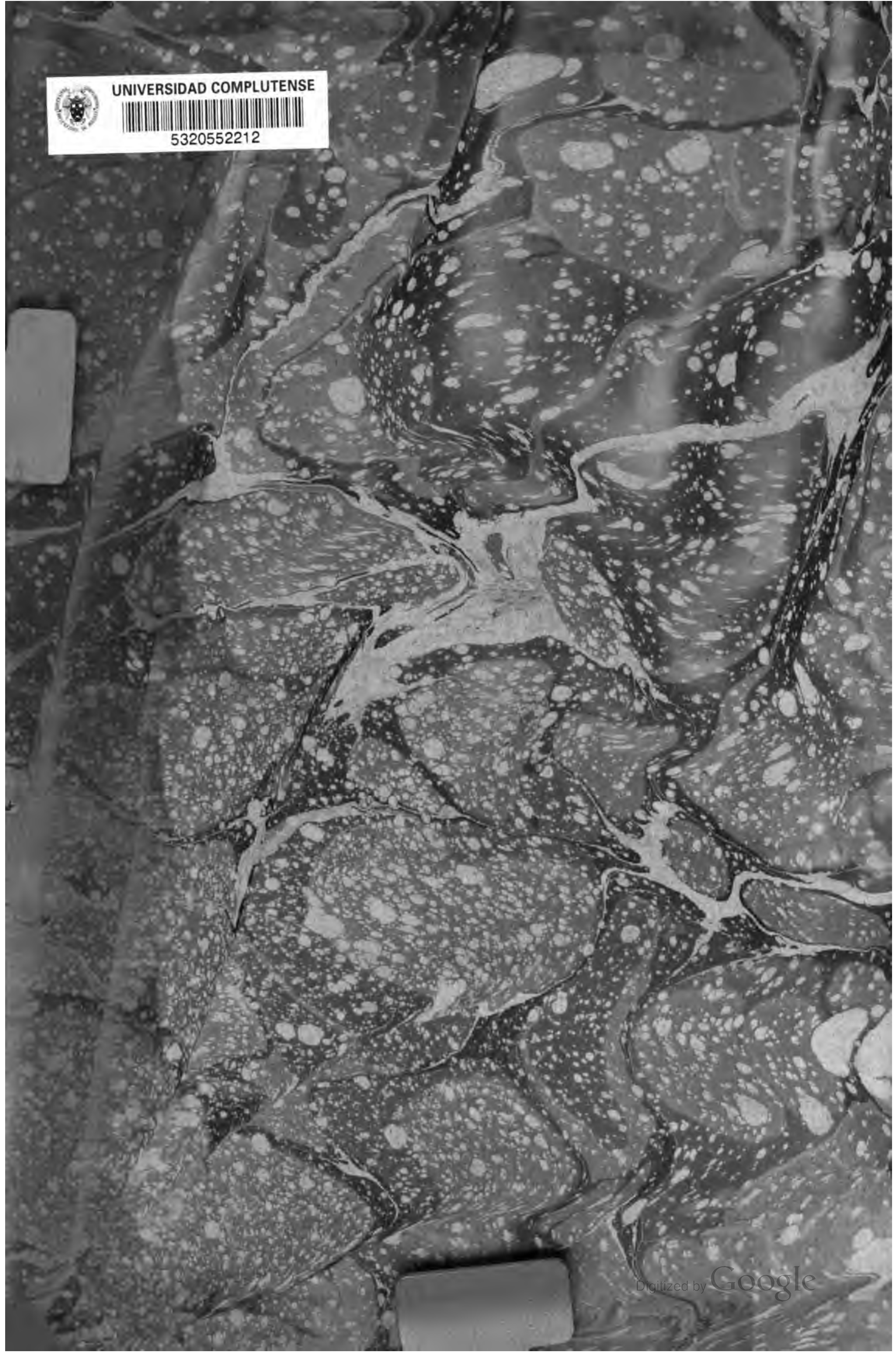





UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
5320552212
Digitized by Google

# INSTITUCIONES PRÁCTICAS

DE LOS

# JUICIOS CIVILES,

## ASÍ ORDINARIOS COMO EXTRAORDINARIOS,

EN TODOS SUS TRÁMITES,

SEGUN QUE SE EMPIEZAN, CONTINÚAN Y ACABAN

EN LOS TRIBUNALES REALES.

POR

# EL CONDE DE LA CAÑADA,

*Gobernador del Consejo y Cámara de Castilla, etc., etc., etc.*

TERCERA EDICION.

**TOMO PRIMERO.**





MADRID:
IMPRENTA DE LA COMPAÑIA GENERAL DE IMPRESORES Y LIBREROS DEL REINO.
1845.

# A LA REINA
## NUESTRA SEÑORA.




Señora:

La gloria de que se han cubierto aquellas ilustres heroinas, que sin contar con las exenciones de su sexo, han sabido partir con los grandes honores las pensiones que son anejas al trono, es un poderoso estímulo para las almas grandes, que en su situacion las inflama y excita á imitar tan dignos y memorables ejemplos.

En todos los tiempos nos recuerda la historia algunas de estas almas

*privilegiadas, que rompiendo, por decirlo así, los diques de su condicion, y remontándose sobre su esfera llegaron á adquirirse por su virtud y beneficencia el renombre de bienhechoras de los pueblos.*

*V. M. será en las edades venideras un modelo admirable, y una excepcion muy singular de las almas comunes de su clase y de su sexo, adonde podrán instruirse aquellas, á quienes eleva la fortuna á disfrutar de las prerogativas del cetro, á tomarse tanta parte en los desvelos y afanes que cercan á la magestad.*

*Si V. M. no tuviese un espíritu dotado de dones tan sublimes, y un corazon lleno de tan benéficos impulsos hácia sus afortunados vasallos, el homenaje que pretendo rendir á V. M. en la ofrenda de este escrito, estribaria solo en el profundo reconocimiento que me vincula para siempre á V. M. ó en la confianza de lograr benigna acogida en su soberana proteccion.*

*Pero cuando contemplo que estos discursos son en su objeto tan conformes á los grandes designios de V. M., ¡cuánta es mi complacencia de llevar con este nuevo apoyo á L. R. P. de V. M. la ofrenda que me inspiró la gratitud y el reconocimiento!*

*Y en efecto cuando se trata de mejorar la administracion de justicia, que es tanta parte para la felicidad de los pueblos, ¿á quién se puede ir con mas razon que á V. M., que con tanto interes, celo y acierto procura la de estos reinos, asegurándola con su sábio consejo en circunstancias tan delicadas como las presentes, que llenarán de gloria eternamente la digna memoria de V. M.? Madrid* 20 *de Marzo de* 1794.

**SEÑORA:**

*A L. R. P. de V. M.*

El Conde de la Cañada.

# PRÓLOGO.

Una de las partes de nuestra jurisprudencia mas destituida de la necesaria ilustracion, y mas digna de ser ilustrada, es sin contestacion la práctica de los juicios civiles, que tanto han confundido y complicado los autores con la variedad de sus opiniones y dictámenes. Convencido de esta verdad, y deseando constantemente nivelar la eleccion de todos mis trabajos y operaciones por la necesidad ó importancia de ellas; no tuve que dudar, cuando me resolví á tomar la pluma, acerca de la materia que habia de entretener aquellos cortos momentos que me dejaban libres la multitud y gravedad de los negocios, de que me hallo agoviado despues de tantos años.

Habíame enseñado una larga experiencia, tanto en la defensa de los pleitos como en la decision y juicio de ellos, los daños que padecian frecuentemente las partes por la arbitrariedad con que se entendian las leyes del reino, y se autorizaban en los juicios prácticas enteramente contrarias ó muy poco conformes á ellas. Estos perjuicios, que sentia la causa pública, excitaron mi atencion y celo, y emprendí con el deseo de repararlos, escribir y publicar estas Instituciones prácticas para todos los trámites de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales.

Las leyes del reino conspiran unánimemente á evitar la indefension de las partes, y á que no sufra detrimento su justicia. Este es su voto general; y este es el espíritu á que deben ajustarse las ordenaciones y fórmulas de los juicios, en cuanto sea compatible con la diminucion y brevedad de los pleitos, que es otro de los grandes intereses de la causa pública.

La puntual observancia de lo que ordenan y prescriben nuestras leyes acerca de los juicios, es lo que debe llevarse la primera atencion en esta parte. El admitir prácticas contrarias á sus disposiciones es uno de los mayores abusos que han podido introducir los autores, y el que pide mas eficaz y pronto remedio de parte de los magistrados, por las perniciosas y trascendentales consecuencias que arrastra semejante trasgresion.

Si la disposicion de la ley trajese en la práctica inconvenientes muy considerables, á los autores solo incumbe el advertirlos y manifestarlos, que son los límites á que deben ceñirse sus facultades, y la parte con que pueden contribuir á su reparacion y remedio.

Cuando la ley presenta oscuridad, ó falta ley que expresamente determine algun punto particular, tampoco son libres los autores en forjar opiniones arbitrarias en aquella materia. La regla, que ha de suplir por la ley en semejantes casos, ha de tomarse ó del espíritu general de aquel ramo de legislacion, ó del particular de la misma ley, adonde se tropieza con la confusion y oscuridad, ó finalmente de la utilidad pública, que ha de ser el alma de las opiniones, que no tienen por apoyo la ley, por no haberse establecido sobre aquel punto.

Estas son las máximas y principios generales, que hubieran conseguido

seguramente poner de acuerdo á los autores de jurisprudencia práctica en sus opiniones, si en vez de extraviarse en discusiones infundadas é infructuosas, hubieran sido meditadas y desentrañadas por ellos, como era menester para discurrir con acierto.

Pero como esto requeria un ímprobo y profundo estudio de nuestra legislacion, una penetracion sólida, y una constancia en la meditacion incontrastable, hasta superar las muchas dificultades que encierran tales materias. Y como estas prendas, por nuestra desgracia, rara vez se encuentran reunidas, por mas que su reunion sea necesaria; cuanto mas se han ido amontonando escritos de práctica civil, se ha hecho tanto mas confusa é intrincada.

Yo he hablado siempre con la ley en estos discursos, y con su espíritu, haciendo evidencia de ser tal el que deduzco de ella. He adoptado las opiniones que se conforman al espíritu de nuestras leyes, que por tanto dejarán de ser opiniones, y entrarán en la esfera de la certidumbre y de la verdad.

Y por el contrario los varios dictámenes de diferentes autores que impugno en esta obra, aunque se hayan alzado con el título de opiniones comunes, por la muchedumbre que las ha recibido sin el debido exámen y discernimiento; como las impugnan las mismas leyes ó el espíritu de ellas, ó el defecto de utilidad pública, se rebajará el concepto que tenian á un grado de improbabilidad, que no pueden menos de caer en una total desestimacion.

Aunque no contemplo preciso traer aquí á la memoria ningun ejemplo particular en confirmacion de mis anteriores proposiciones, cuya verdad se encuentra estampada en cada página de este escrito; sin embargo para satisfaccion de mis lectores quiero anticiparles aquí un convencimiento en el punto particular de los terceros opositores excluyentes, de que trata el capítulo diez de la segunda parte.

El que no debe suspenderse el curso de la causa pendiente, cuando el tercero opositor introduce su demanda, ha sido la opinion mas autorizada hasta aquí, por el nombre y reputacion de los autores que la han adoptado.

Sin embargo investigando yo el fundamento de esta opinion en las ventajas ó desventajas, que podrian resultar á la causa pública y á las partes de conformarse ó no con ella, que son las fuentes á donde debe recurrirse á falta de ley, segun lo que dicta el espíritu de la legislacion en general; he convencido que no debiendo admitirse ninguna opinion, de cuya práctica se sigan considerables perjuicios, que podian precaverse abrazando la contraria, de donde por el contrario se seguirian muchas utilidades; siendo de esta naturaleza la que establece deberse suspender el curso de la causa, cuando interviene demanda del tercero opositor excluyente hasta igualarse con ella, queda la primera opinion enteramente destituida de probabilidad y apoyo, como advertirá quien lea con reflexion el enunciado capítulo.

Los trámites judiciales tienen sus reglas fijas é invariables en nuestras leyes. Esta circunstancia nos excusa de buscar mas sistema metódico, para tratar de ellos, que el que presenta la misma correlacion y órden con que se entablan, prosiguen y terminan, que es lo que yo he practicado.

## PARTE TERCERA.

# ADVERTENCIA.

**Al proceder á la reimpresion de las *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, y *Observaciones sobre los recursos de Fuerza* que con erudicion sobrada escribió el Señor Conde de la Cañada, conocido era que cualquiera alteracion que se hiciese en el texto menguara su mérito, puesto que dificilmente podrá elegirse otro tratado en su clase que pueda disputarle el mérito. Sin embargo, conservando íntegro el texto podia mejorarse la obra, y la Compañía de Impresores y Libreros no quiso omitir medio alguno de hacer mas ventajosa la reimpresion. Encomendó al efecto la revision de la obra al Director del Boletin de Jurisprudencia Dr. D. Vicente Hernandez de la Rua, el que ademas de exponer por medio de *notas*, al fin de cada tomo, las reformas hechas por las leyes, decretos y reales órdenes vigentes en las materias respectivas de que trata el Señor Conde de la Cañada, ha citado tambien las leyes de la Novísima Recopilacion al lado de las de la Recopilacion, á que se referia el autor: trabajos uno y otro de grande utilidad en la época presente.**

# PARTE PRIMERA.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### *Del orígen de las leyes de España, de su valor y respectiva preferencia en las cosas de gobierno, y en la decision de los pleitos contenciosos.*

Todos los que tuvieren oficio ó cargo de justicia deben guardar en la ordenacion y decision de las causas, así civiles como criminales, las leyes de los ordenamientos y pragmáticas contenidas en los nueve libros de la Recopilacion, aunque se diga y alegue que no son usadas ni guardadas [1]. Lo mismo se ha de entender en cuanto á las que se hicieren y publicaren sucesivamente por los señores reyes de España, sin embargo de que no esten comprendidas ni se comprendan en ella. Y cuando los litigios ó negocios no se pudieren determinar por estas leyes, se deberá recurrir para determinarlos á los fueros así real ó de las leyes como á los municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuvieren, en lo que son ó fueren usados y guardados en ellos, siempre que no fueren contrarios á las leyes de los ordenamientos y pragmáticas contenidas en la enunciada Recopilacion, ó á las que en lo sucesivo estableciesen los señores reyes. Á falta de las leyes y fueros mencionados se debe echar mano de las de las Siete Partidas, guardando lo que por ellas fuere determinado, aunque no sean usadas ni guardadas, y no por otras algunas: *ley* 3. *tít.* 1. *lib.* 2.: *aut.* 1. *tít.* 1. *lib.* 2. (Hoy ley 3. tít. 2. lib. 3. de la Novísima Recopilacion, y nota 2. de los mismos título y libro).

2 Es tan esencial el órden prescripto en la observancia de esta legislacion, que su inversion produciria notoria nulidad estando como está fundado en la expresa voluntad del soberano, y en la justicia y conveniencia pública que le motiva. Porque en lo antiguo se hallaban muchas leyes divididas y repartidas en diversos libros sin la autoridad y órden que era conveniente: algunas de ellas no estaban impresas ni incorporadas en las otras leyes: otras corrian diminutas y equivocadas, ó por haberse sacado mal de sus originales, ó por vicio de las impresiones: sus palabras no tenian la claridad que les es tan necesaria, y aun en alguna parte parecian contrarias; y por último habia mostrado la experiencia que no podian ejecutarse otras muchas leyes por el daño que traerian á la república, pues no habia correspondido á su establecimiento la utilidad que se deseaba.

3 Todas estas causas obligaban á tomar seria y pronta providencia, recogiendo con buen órden y claridad las leyes que se debian guardar y cumplir para mantener en paz y en justicia el reino, enmendando unas y estableciendo otras.

4 Á este intento dedicaron su atencion con el mas sério y detenido exámen diferentes señores reyes, como fueron don Fernando y doña Juana en las leyes publicadas en Toro año 1505, mandando guardar y ejecutar enteramente la promulgada en Alcalá de Henares por don Alonso el XI en 1348, que es la 1. *tít.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá*, con las explicaciones que

contiene la que hicieron aquellos soberanos, que es la 3. *tít.* 1. *lib.* 2.: (3. tít. 2 lib. 3. de la Nov. Recop.) don Felipe II en la pragmática de 14 de Marzo de 1567 con la que da principio la Recopilacion: don Felipe III en la pragmática hecha en Madrid año de 1610: *ley* 9. *tít.* 1. *lib.* 2. (10 tít. 2 lib. 3 de la Nov. Recop.); y el señor don Felipe V en los años de 1713 y 1714: *aut.* 1. y 2. *tít.* 1. *lib.* 2. (Nota 2. tít. 2. lib. 3 de la Nov. Recop.).

5 El órden y sucesion de las leyes y fueros que se establecieron y observaron en España, llevará mas seguramente al conocimiento de las que se deben guardar con preferencia en la ordenacion y decision de las causas. Para descubrir el orígen de estas leyes, es necesario subir al tiempo en que vinieron á España los godos, que fué á principios del siglo V. Esta valerosa nacion con su acreditado valor y constancia se abrió paso á grandes adquisiciones, y aseguró su conservacion por medio de pactos y convenciones acordadas con los romanos: una de ellas fué, entre otras, que haria por sí y á sus expensas la guerra á diferentes naciones bárbaras, que ocupaban gran parte del imperio de los romanos, dejando á beneficio de éstos todo cuanto ganasen; y habiendo cumplido con este pacto desempeñando á satisfaccion sus obligaciones, los aseguraron en recompensa los romanos en las posesiones que ya tenian en las Haldas de la Francia y de la España, añadiéndoles el señorío de la Guiena con todas sus ciudades y otros pueblos de consideracion que comprendia: Marian. *Hist. de España, lib.* 5. *cap.* 2 *año de* 418.

6 Esforzados los godos con estos favorables sucesos, ya les parecian cortos los límites de su señorío, y empezaron á romperlos con deseo de extenderle á todas las provincias de España. Sucediéles felizmente este pensamiento, y tanto adelantaron sus posesiones y dominios que por el año de 467 ya ocupaban casi toda la España; y en el 572 habian arrojado á los romanos de todas las provincias de la Bética: Marian. *Hist. de España, lib.* 5. *cap.* 5 *año de* 467, *y en el cap.* 11. *año* 572.

7 Por espacio de casi un siglo desde su entrada no tuvieron los godos otras leyes que las costumbres que habian traido del Norte, mejoradas sucesivamente por el trato con los romanos. El primero á quien sabemos mereciese algun cuidado la legislacion, fué Eurico, padre de Alarico, que empezó á promulgar algunas leyes segun resulta de un testimonio de San Isidoro. El Breviario, que de órden de Alarico dispuso su ministro Aniano á principios del siglo VI, se componia de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, con las sentencias de Cayo y Paulo; y miraba principalmente á los romanos recien sujetados, quienes no hubieran llevado con paciencia se borrase la memoria de sus leyes [2].

8 Pero acabada del todo la conquista, habiendo faltado con ella los motivos que habia antes de contemporizaciones, era consiguiente pensasen en recoger las leyes que desde Eurico habian ido publicando, y en establecer las que faltasen para componer una legislacion uniforme, y que sirviesse para todos los vasallos de su imperio.

9 Verificóse con efecto así ó en tiempo de Sisenando, á quien comunmente se atribuye la primera formacion del Fuero Juzgo, ó en el de Receswinto y octavo Concilio Toledano. Desde entonces cesaron ya del todo las leyes romanas; y para remover toda duda en un punto tan capital del gobierno, se hicieron especiales declaraciones, prohibiendo siempre que se tuviesen por leyes, ni se alegasen como tales en los juicios, y mandando que los jueces se gobernasen por las contenidas en aquel código llamado por este respecto en el idioma latino en que se escribió, *Forum Judicum*, y despues en las traducciones Fuero de Jueces, y por último Fuero Juzgo.

10 Esta coleccion tuvo sus adiciones y reformas, como lo manifiestan las muchas leyes que comprende de los monarcas posteriores hasta Égica, que segun el testimonio de nuestros historiadores le dió la última mano, valiendose para ello de los Padres del Concilio Toledano XVI.

11 Mereció mucha veneracion en su tiempo este código de leyes, que fueron las primitivas de España, y se observaron con la mas escrupulosa exactitud, así por la justicia y equidad que contenian, como por haberse examinado tantas veces con la mas seria y detenida reflexion por los prelados, y otras personas de grande autoridad y sabiduría que asistieron á los concilios Toledanos: diligencia que por sí sola ponia en gran crédito y estimacion las leyes que se publicaban con este acuerdo.

12 Con la irrupcion de los moros, ocurrida por el año de 713, se turbó el estado de paz y tranquilidad que gozaban los godos; y derrotado con su ejército Don Rodrigo, que fué el último rey de éstos, lograron aquellos ocupar la mayor parte de la España con muy rápidos progresos en su conquista, quedando entre los mismos moros gran parte de los cristianos, unos en calidad de esclavos y otros libres. En este tiempo continuaron los católicos usando del oficio eclesiástico, que en el Concilio IV Toledano se encargó á San Isidoro, y lo compuso y redujo á buena forma; y de este uso tomó desde entonces dicho oficio el nombre ó título de Muzarabe, porque habian usado de él los católicos estando mezclados con los árabes: Saavedra, *Coron. Gótic. cap.* 21. *pág.* 165.

13 De aquí puede inferirse que usarian igualmente estos mismos cristianos, y aun con mayor razon por haber menos inconveniente de parte de los moros, de las leyes, usos y costumbres contenidas en el libro del Fuero Juzgo.

14 Otra gran parte de los godos se retiró á las Asturias, y conservó con mayor libertad sus leyes primitivas, fueros y costumbres de este libro del Fuero Juzgo, y las continuaron y extendieron en los pueblos que iban recobrando de los moros, añadiendo otras muchas, que se conformaban con el espíritu y disposiciones de las primitivas, y llegó su observancia en varias partes hasta el siglo XIII, con expresa declaracion de que se guardasen en el gobierno y decision de las causas, sin que se halle ley, fuero ni otro establecimiento alguno que derogase ni anulase por lo general las enunciadas leyes del Fuero Juzgo, como se convence con los autorizados documentos que produce el autor del informe sobre pesos y medidas de la imperial ciudad de Toledo.

15 El segundo código de las leyes fundamentales de Castilla comprende los fueros que dió el conde don Sancho García por los años de 995 hasta el de 1000, llamados unas veces fueros de Castilla, y otras fueros de las fazañas ó albedríos, usos y costumbres de Castilla, [3] porque se iban uniendo á los primitivos fueros de este establecimiento las sentencias que daba el rey y sus tribunales de justicia, conocidas en aquel tiempo con el nombre de fazañas, y por ser conformes á los usos y costumbres observadas en Castilla se guardaban estas sentencias en los libros de la cámara del rey, y servian de leyes para la determinacion de las causas en casos semejantes.

16 Á estos fueros primitivos se fueron añadiendo otros en los tiempos posteriores, y se reunieron todos con el famoso ordenamiento de las córtes de Alcalá el año 1348, comprendiéndose en la coleccion que de todos ellos mandó hacer el rey don Pedro, llamado el Justiciero, y que dieron á luz los doctores Aso y Rodriguez en el año de 1771.

17 Su observancia fué general en todos los pueblos correspondientes al estado de Castilla la Vieja, con la sola intermision ó suspension de los diez y siete años que mediaron desde que el rey don Alonso X, con deseo de hacer uniforme la legislacion para el gobierno y decision de las causas en el tribunal superior de justicia, dió y publicó el Fuero Real en el año 1255 [4] hasta que por el mismo don Alonso fueron restituidos á su antigua observancia. Porque llegó á tanto el descontento que manifestaron los castellanos ricoshomes é hijosdalgo por el despojo que padecian con este nuevo Fuero Real de las exenciones y privilegios que gozaban por sus antiguos fueros, señaladamente por los establecidos en las

córtes de Najera año 1128, y fueron tales las reclamaciones de sus antiguos fueros que finalmente movieron al expresado rey don Alonso á que se los volviese y reintegrase, como así lo determinó en el año de 1272, continuando desde entonces la observancia de los fueros antiguos de Castilla, generales y municipales, de los que se hace especial memoria en las cortes de Alcalá del citado año 1348. Doctor Aso *en el discurso preliminar del Fuero Viejo de Castilla, pág.* 2 *á la* 10*: y en la* 29 *á la* 32, con las notas é ilustraciones que refiere, y en las notas del mismo autor á la *ley* 1. *tít.* 28 *del Ordenamiento de Alcalá que publicó año* 1774, *pág.* 70 *y* 71.

18 Pero es de notar que como la reclamacion del Fuero Real se hizo únicamente por los castellanos, siendo de consiguiente limitada su revocacion para satisfacer á las de éstos, restituyéndeles sus antiguos fueros, continuó la observancia de dicho Fuero Real del rey don Alonso X en los demas pueblos de su estado.

19 Y como se notasen en este Fuero Real algunos defectos esenciales, dudas y contrariedades, se enmendaron con las advertencias ó declaraciones llamadas Leyes de Estilo, y autorizadas por el mismo rey don Alonso; por cuyos respectos deben considerarse como partes esenciales del mismo Fuero Real y con la propia calidad en su observancia.

20 Hasta este tiempo, y desde que empezaron las conquistas de España con la expulsion de los moros que la ocupaban, concedian con frecuencia los soberanos á los pueblos que iban adquiriendo los respectivos fueros de poblacion, que llamaban entonces *Cartas pueblas*, á los cuales y á otros, que segun las ocurrencias les concedian tambien en forma de merced ó privilegio, arreglaban su gobierno y la decision de sus causas.

21 Otros fueros acostumbraban conceder los mismos reyes á las capitales con extension á todos los pueblos de su jurisdiccion ó departamento, como fueron los de Sepúlveda, Toledo, Escalona y otros; y aunque éstos recibian en su concesion mayor amplitud de territorio, quedaban siempre limitados y en la clase de municipales, porque no llegaban á ser leyes generales del Estado.

22 Las que se establecieron y publicaron con este respecto universal para todo el reino fueron las leyes de las Siete Partidas, mandadas observar como tales en las citadas córtes de Alcalá del año 1348, desde cuyo tiempo han merecido la observancia general.

23 En estas córtes, y en las posteriores que se celebraron en los respectivos reinados, se mejoró y adelantó considerablemente la legislacion de España, acordándose en las mismas córtes, á peticion de los procuradores del reino que concurrian á ellas, las leyes necesarias y convenientes al mejor gobierno y tranquilidad pública. Los señores reyes Católicos don Fernando y doña Isabel en las córtes que celebraron en Madrigal á 27 de abril de 1476, en las de Toledo de 1480 y en las de Madrid de 1482, establecieron y publicaron un considerable número de buenas leyes, y arreglaron últimamente el cuaderno de las alcabalas en 10 de diciembre de 1481.

24 Todas estas ordenanzas y otras que habian formado tambien en este intermedio los señores reyes don Enrique II, don Juan I, don Enrique III, don Juan II y don Enrique IV, andaban dispersas las mas de ellas sin imprimirse, y pedian de necesidad que se reuniesen y recopilasen en un cuaderno con buen órden, exactitud y pureza, formando un cuerpo de todas ellas y de las anteriores comprendidas en la coleccion del rey don Pedro, en que se incluian las de las córtes de Alcalá de 1348; pero anticipandose á disponer esta obra el doctor Alfonso Diaz de Montalvo, impresa en Sevilla el año 1492, no correspondió su crítica y diligencia al cuidado que pedia su importancia, y así á poco tiempo se descubrieron en ella muchos defectos sustanciales, y se reclamó su enmienda en las córtes de Valladolid de 1523 y en las de Madrid de 1534: Doctor Aso *en la Introduccion al derecho de España, pág.* 47 *y* 50: Salon de Paz *ad leg. Taur. in rel. leg.* 1. *n.* 275 *y* 276.

25 Poco antes, esto es, en el año de 1505 el rey don Fernando y su hija doña Juana habian publicado en las célebres córtes de Toro las 83 leyes conocidas por esta denominacion; cuya utilidad es bien notoria, y se halla bien recomendada no solo en los *Comentarios* que sobre ellas escribió Antonio Gomez, sino tambien en las últimas disposiciones del Consejo, por las que mandó establecer cátedra para su explicacion en las universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá, distinguiendo esta enseñanza con la prerogativa de que aproveche á los cursantes por uno de los cuatro años de práctica que son necesarios para entrar á examen de abogado en el Consejo [5].

26 Excitado sin duda Cárlos V de las celosas insinuaciones de las córtes de Valladolid y Madrid contra el ordenamiento de Montalvo, dió las mas oportunas providencias para formar de nuevo una recopilacion de leyes corrigiendo y separando lo que fuese supérfluo, y añadiendo lo que se estimase conveniente; y condescendiendo S. M. á las súplicas que le habian hecho los procuradores de estos reinos en córtes, y algunas otras personas celosas del bien público, como se indica en la real pragmática del señor don Felipe II de 14 de Marzo de 1567, con que da principio la nueva Recopilacion, encomendó esta obra el mismo emperador Cárlos V con acuerdo de los de su Consejo al doctor Pedro Lopez de Alcocer, y por su muerte se continuó la comision al doctor Escudero, de su Consejo y cámara, y se fué repitiendo el mismo encargo por el señor don Felipe II á Pedro Lopez de Arrieta y Bartolomé de Atienza, ambos del Consejo. Logróse al fin concluir y perfeccionar esta grande obra, que se dió al público con las exactas correcciones y enmiendas que hicieron dichos comisionados en sus respectivos tiempos, despues de haber sido reconocidas y aprobadas por el Consejo.

27 En esta nueva Recopilacion, publicada como se ha dicho en el año de 1567, y en la última de 1772 y 1775, se incluyeron las leyes establecidas en este intermedio que se consideraron útiles y necesarias para el mejor gobierno y felicidad de estos reinos.

28 Tambien se mandó formar otro tomo igual á los dos en que se recopilan las leyes, donde se comprendieron por el mismo órden y distribucion de títulos y libros, muchas pragmáticas, consultas resueltas, cédulas reales, decretos y autos acordados que se aumentaron hasta el año de 1745, y forman un cuerpo de legislacion muy recomendable; y aun se ha reservado formar otro tomo separado del gran número de decretos, cédulas reales y autos acordados que han salido desde el citado año de 1745, segun consta al fin de la advertencia con que empieza el tomo de Autos impreso el año de 1775, cuya nueva coleccion está cerca de verificarse.

29 He referido los cuerpos y colecciones de las leyes de España por el órden de su establecimiento y antigüedad, porque sin este conocimiento instructivo, no seria fácil discernir la superior autoridad de las leyes por el órden con que deben observarse, y la calidad y uso que debe alegarse y probarse en algunas de ellas.

30 Las leyes comprendidas en la Novísima Recopilacion ocupan el primer lugar y preferencia, y obligan á ordenar y decidir las causas por ellas, como literalmente se expresa y dispone en la *ley* 3. *tít.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

31 Esta prelacion, y la que deben tener en el mismo lugar y órden las demas leyes que acuerden y publiquen los reyes sucesores, se funda en que con el tiempo y la experiencia, y con la variacion de los usos y costumbres á que deben acomodarse las leyes para asegurar los fines de la tranquilidad y beneficio público, se mejoran sus establecimientos por la potestad real, y se enmiendan y corrigen los antiguos, ó se declaran las dudas que contienen, como lo manifiesta la misma real pragmática de 15 de Marzo de 1567.

32 Las leyes reciben todo su valor de la boca del soberano, y con la publicacion llegan á los vasallos con la mas eficaz obligacion de ser obedecidas, guardadas y cumplidas. Ningun influjo tiene en la ley por su esencia y por sus

efectos la aceptacion del pueblo; pues ni la puede resistir, ni dejar de obedecer: Aristot. *Ethicor. lib.* 10. *cap.* 9., ibi: *Igitur patris quidem præceptio vires non habet, neque necessitatem, neque ullius omnino unius viri, nisi sit Rex, aut aliquis talis; lex autem vim habet cogentem, quæ quidem est sermo ab aliqua prudentia, atque mente profectus*: Div. Thom. 1. 2. *q.* 90. *art.* 3. *et* 4: Div. August. *in lib. de Vera Religion. cap.* 31: Suarez, *de Legib. lib.* 3. *cap.* 19. Van-Espen, *in tractat. de Publicat. legum, part.* 1. §. 1. *et* 2. *vers. final.*

33 El uso contrario, aunque sea de todo el pueblo y aun de todo el reino, en las leyes generales, no las debilita ni deroga, aunque continuase por millares de años: porque la potestad de establecer leyes reside privativamente en el príncipe, y en la misma ha de estar necesariamente su revocacion. Los vasallos son notoriamente inferiores, y solo les toca obedecer al soberano, mas no enmendar ni reformar sus establecimientos; pues si se les permitiese la potestad y autoridad de alterarlos y revocarlos, vendriámos á reconocer en el pueblo una superioridad incompatible con la soberanía del príncipe: opinion que defendieron los Monarcomacos, queriendo reservar al pueblo una potestad real superior á la personal que conceden al príncipe: sentencia á la verdad detestable y capaz de producir sensibles turbaciones en la monarquía [6].

34 El uso del pueblo, aunque sea contrario á la disposicion de la ley, no llega por sí á formar lo que se llama costumbre, ni esta adquiere el valor de ley por efecto del uso precedente por mas largo que fuese, sino que necesita como de la parte mas esencial y primitiva del consentimiento y voluntad del rey. Por estos principios se viene á concluir que solo el autor de la ley, así como la estableció por su voluntad, así tambien la deroga por la misma, sin que haya otra diferencia que la accidental de ser expresa y manifiesta en el establecimiento de la ley, y ser tácita, pero igualmente cierta y notoria en su revocacion, sirviendo solo el uso y costumbre de los pueblos de un testimonio, que llegando á noticia del soberano califica no ser útil ni conveniente la precedente ley que habia establecido, y que faltándola el primitivo objeto del beneficio público se inclina y determina por su nativa voluntad y autoridad á derogar la ley, y á disponer que se observe y guarde como tal lo que por experiencia y uso de largo tiempo se considera de mayor utilidad y conveniencia: *ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1. «E »tal pueblo como éste, ó la mayor par»tida dél, si usaren diez ó veinte años »á facer alguna cosa, como en manera »de costumbre, sabiéndolo el señor de »la tierra, é no lo contradiciendo, é te»niéndolo por bien, puédenla facer, é »debe ser tenida, é guardada por cos»tumbre:» *ley* 3. *dich. t. y Part.* ibi: «La »quinta, si se face por mandado del se»ñor que ha poder sobre ellos, ó de »acuerdo que ellos ayan entre sí, en»tendiendo que viene ende gran pró, »luego consintiéndolo el señor, y pla»ciéndole.»

35 Esta es la razon sólida en que se funda la citada *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* (3. tít. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) para no hacer mérito del uso, aceptacion ó guarda de las leyes, declarando abiertamente que el no haberlas usado ni guardado no puede impedir ni debilitar la fuerza y obligacion de que se haya de juzgar por ella, *ibi*: «No embargante, que contra las »dichas leyes de ordenamientos, y prag»máticas se diga y alegue que no son »usadas, ni guardadas.»

36 Las que se contenian en el libro del Fuero Juzgo, en los del Fuero viejo de Castilla y Fuero Real, publicados por el señor rey don Alonso X, que se han distinguido por su orígen y tiempos, tenian todas las calidades y fuerza de leyes, y obligaban de consiguiente á su observancia, sin necesidad de alegar ni probar su uso ni ejecucion; pues habiéndose comprendido en el ordenamiento de las acordadas en las córtes de Alcalá, reformado y publicado de nuevo de órden del rey don Pedro, segun queda advertido, recibieron esta nueva confirmacion de igualdad en todas sus partes y condiciones; la misma han conservado en las colecciones posteriores.

37 Las leyes que hayan quedado de aquellos libros sin incluirse en los de la nueva Recopilacion, si fuesen contrarias á estas, se tendrán por derogadas y sin efecto alguno; y las demas que no tuviesen contrariedad á las leyes posteriores, mantendrán su antiguo valor y obligacion para los casos que no puedan juzgarse por las enunciadas leyes posteriores.

38 Las de las Partidas, publicadas en las córtes de Alcalá del año 1348, tendrán el tercer lugar y grado entre las leyes reales, sin necesidad de alegar ni probar el uso que hayan tenido.

39 Los fueros municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuviere, tienen preferencia sobre las leyes de Partida, alegándose y probándose primeramente como parte y condicion esencial que ha de elevar el fuero á la clase de ley privada y municipal, el uso que haya tenido y tenga en el tiempo en que se quiere juzgar por él, y esto es lo que literalmente dispone la citada *ley* 3. *tít.* 1. *lib.* 2. (3. tít. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) «Como las de los »fueros municipales que cada Ciudad, »ó Villa ó Lugar tuvieren en lo que »son ó fueren usados, y guardados en »los dichos Lugares.»

40 Esta diferencia de exigirse como parte esencial el uso de estos fueros municipales para que obliguen y mantengan la fuerza de ley privada y apartada, consiste en que fueron dados al tiempo de la poblacion, ó despues por merced y á manera de privilegios á beneficio de los pobladores, y los mas extraidos en tiempos de necesidad y opresion; y es conforme á la naturaleza de todo privilegio en que se contiene una gracia especial del rey, el que se haya recibido y usado; pues no observándole por tiempo de diez años ó por el de treinta, segun la calidad de la gracia, desde su concesion, caduca y no se adquiere; y aunque se usase en algun tiempo, si en los posteriores se dejó de usar por el de treinta años, se pierde y no puede obligar en lo sucesivo, porque se entiende que le quisieron renunciar los pobladores y agraciados, teniendo á mejor partido sujetarse á las leyes generales: *ley* 42. *tít.* 18. *Part.* 3: *ley* 3. *tít.* 7. *Part.* 5.

41 Ademas del uso que deben probar los que se fundaren en los fueros municipales, ha de concurrir otra condicion igualmente esencial para que se observen en los juicios, cual es la de no estar revocados ni alterados por las leyes de ordenamientos y pragmáticas contenidas en la Recopilacion, ó en las que acuerden y publiquen los reyes sucesores. Esto es conforme á la letra de la citada *ley* 3: «Y no fueren con»trarias á las dichas leyes de ordena»mientos, y pragmáticas de este nues»tro libro, así en lo que por ellas está »determinado, como en lo que deter»minaremos adelante, ó por algunas le»yes de ordenamientos y pragmáticas »de los Reyes que de Nos vinieren, ca »por ellas es nuestra intencion y volun»tad que se determinen los dichos pley»tos y causas, no embargante los di»chos fueros y usos, y guarda de ellos.»

42 Por estos principios se demuestra que los fueros municipales en ningun caso tienen lugar de preferencia con respecto á las leyes recopiladas, y únicamente ocuparán la graduacion anterior á las de Partida en la parte que aquellos fueren usados y guardados.

43 De las leyes de los fueros, ó del libro de las leyes, (pues de una y otra expresion se usa frecuentemente para señalar el fuero real que acordó y publicó el señor don Alonso X el año de 1255 para el gobierno superior y decision de los pleitos de los pueblos y concejos de Castilla la Vieja, y los demas que con este título se comprendian en su dominio) han tratado largamente nuestros autores prácticos en la exposicion ó comentarios de la *ley* 1. *de Toro* y de la *ley* 3. *tít.* 2. *lib.* 1. *de la Recop.* (1. tít. 4. lib. 1. de la Nov. Recop.) y en otros diferentes lugares de sus obras. Entre las dudas que han excitado, es una muy principal la de si las leyes de este fuero real han de obligar por solo su establecimiento, ó si es necesario que se pruebe el uso que hayan tenido y tengan, sin exceder sus límites, como se dispone y manda en los fueros municipales: de manera que estos y los fueros de las

leyes séan uniformes en la necesidad de probar su uso, corespondiendo hacerlo á las partes que las aleguen y funden en ellas su intencion.

44 Por la uniformidad de estas circunstancias en unos y otros fueros se han decidido en sus opiniones muchos y graves autores: Paz, *ad leg. Taur. in leg.* 1. *n.* 28: Anton. Gom. *en la misma ley*, *n.* 1: Aceved. *in leg.* 3. *tít.* 1. *lib.* 2. *Recop. n.* 4: Suar. *in procem. For. Reg. n.* 1. *cum aliis ibidem relatis.*

45 Fúndanse lo primero en la disposicion literal de la citada *ley* 3. *tít.* 1. *lib. de la Recop.* (3. tít. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) en la que despues de insertar la *ley* 1. *tít.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá*, hecha por el señor rey don Alonso XI año de 1348, aprobándola y confirmándola, distribuye con mayor claridad su disposicion en tres partes: por la primera manda que los pleitos y causas, así civiles como criminales, se determinen por las leyes de los ordenamientos y pragmáticas hechas por el mismo rey don Alonso y por los reyes donde él venia, contenidas en el libro de aquel ordenamiento, y por las que hicieren los reyes sus sucesores. Para la guarda y efectivo cumplimiento de estas leyes, que han de tener siempre el primer lugar en la ordenacion y decision de las causas, no es necesario alegar ni probar el uso que hayan tenido, como literalmente se dispone en esta cláusula: «No »embargante que contra las dichas le»yes de Ordenamientos, y Pragmáticas »se diga y alegue que no son usadas, »ni guardadas.»

46 En la tercera parte de la citada ley se colocan las de las Partidas publicadas en aquellas córtes de Alcalá, repitiendo la misma cláusula: «Aun»que no sean usadas, ni guardadas.»

## CAPÍTULO II.

### *Del estudio de las leyes.*

1 Refiriendo el señor rey don Alonso XI en la pragmática del año de 1348 las eminentes prendas y calidades de que deben estar adornados los jueces, cuenta por una de las mas principales entre ellas la de «hayan sa»biduría para juzgar los pleitos dere»chamente por su saber y por su se»so:» *ley* 1. *tít.* 9. *lib.* 3. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 1. lib. 14. de la Nov. Recop.) La misma sabiduría piden las leyes de Partida para que puedan «juz»gar los pleytos derechamente por su »saber, ó por uso de luengo tiempo:» *ley* 3. *tít.* 4. *Part.* 3.

2 Pero estas leyes ni determinan la sabiduría que deben tener los jueces letrados, ni el tiempo en que la hayan de adquirir, ni menos las pruebas que deben dar de ella antes de ser nombrados para los oficios de justicia. En este punto hay una variedad muy esencial entre las mismas leyes, y es necesario combinarlas por el órden y tiempo en que se establecieron, notando las mayores prevenciones que la experiencia hizo conocer ser necesarias en un negocio de tan grande importancia.

3 Los señores Reyes Católicos, en la real pragmática de 6 de Julio de 1493 mandaron que ningun letrado pueda haber ni haya oficio ni cargo de justicia, si no constare por fe de los notarios de los estudios haber estudiado en los de cualquier universidad de estos reinos ó de fuera de ellos, y residido en ellos estudiando derecho canónico ó civil, á lo menos por espacio de diez años: *ley* 2. *tít.* 9. *lib.* 3. *de la Rec.* (Ley 6. tít. 11. lib. 11 de la Nov. Recop.).

4 Fundados en la disposicion de esta ley, infiero yo que los graduados de licenciado ó doctor en las universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá con solo exhibir sus títulos en el Consejo [7] piden, y se les concede habilitacion para usar y ejercer el oficio de abogado, y de consiguiente el de juez [8]; pues siendo necesario segun Gomez *in leg. Taur. nn.* 7. 8. *y* 9. por los estatutos de Salamanca, que en la mayor parte se observan en las otras dos universidades, residir y estudiar en ellas por tiempo de cinco años para recibir el grado de bachiller, y otros cinco para el de licenciado, acreditan con su presentacion el estudio de los diez años en derecho canónico ó civil, que es lo que pide la ley pa-

ra tener oficio y cargo de justicia.

5 Esta práctica ha tenido en el Consejo mucho auxilio y proteccion, y se ha tolerado y continúa en el dia sin embargo de las muchas leyes reales y autos acordados, que obligan á que los letrados hayan estudiado y tengan sabiduría y experiencia de las leyes de la Recopilacion, de los fueros en lo que esten en uso, y de las leyes de Partida para ordenar y decidir por ellas, y no por otras algunas, las causas, así civiles como criminales; pues saliendo de las mismas universidades muchos ministros y fiscales que pasaban á servir estos oficios á los tribunales de las audiencias y chancillerías [9], era indispensable que el Consejo y la Cámara los considerase suficientemente instruidos con solo el estudio del derecho canónico ó civil para llenar cumplidamente las graves obligaciones de tan altos ministerios, sin que les hiciese falta el estudio y práctica de las leyes reales, que no podian adquirir en las universidades, por no enseñarse en ellas.

6 Ya se compadecia en su tiempo el político Bobadilla, y lo hacian tambien otros, de los daños y perniciosas consecuencias que traian á la causa pública las elecciones que se hacian de personas de poca sabiduría y experiencia para los oficios de justicia en las audiencias y chancillerías: Bobadilla, *lib.* 1. *cap.* 6. *nn.* 17. *y* 19. «Tampoco, »dice la dicha pragmática, se puede »traer á consecuencia para la eleccion »de alcaldes [10] ó oidores de las au»diencias reales y consejos, porque en »estos por la mayor calidad de los ne»gocios árduos, y suficiencia y expe»riencia necesaria para la determina»cion de ellos, requiérese mucho mas »tiempo de estudio: aunque ya hemos »visto proveerse á estas plazas hombres »de poca edad y estudios, no sin gran »nota de quien los representó, calificó »y antepuso para ellas.»

7 Los romanos estimaron suficiente el estudio del derecho civil por cinco años para ejercer los oficios de abogado y juez: Gomez, *in leg.* 6. *Taur. n.* 4. *in fin*: Bobadilla, *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 21.; pero como lo hacian en sus leyes patrias, podian con menos tiempo tomar mayor instruccion que nosotros con el de diez años que señaló la citada pragmática de 6 de Julio de 1493, por mas bien que se empleen en el estudio de unos derechos que han dejado de serlo en España, y solo sirven de ilustrar los conocimientos preliminares de la justicia en cuanto se ayudan de la autoridad y del derecho natural: *aut.* 1. *tít.* 1. *lib.* 2.

8 El señor Felipe V y el Consejo, que conocian bien lo que importaba mejorar los estudios de las universidades con la asignacion de la enseñanza del derecho real, repitieron en diferentes tiempos, y en especial desde el año de 1713, las mas estrechas órdenes y providencias para que en las escuelas de las universidades mayores de España y tambien en las menores en lugar del derecho de los romanos se restableciese la lectura y explicacion de las leyes reales, asignando cátedras en que precisamente se hubiese de dictar el derecho patrio, mediante que por él y no por el de los romanos se deben sustanciar y juzgar los pleitos. Y se previno ademas á los que regentasen las cátedras, que sin faltar al estatuto y asignacion de ellas en cuanto á la enseñanza de los cánones y leyes, explicasen tambien el derecho real, exponiendo las leyes patrias pertenecientes al título ó materia que explicasen, tanto las concordantes como las contrarias, modificativas ó derogatorias: *aut.* 3. *tít.* 1. *lib.* 2.

9 El deseo de que se cumpliesen estas laudables disposiciones era muy propio del celo de S. M. y de la sabiduría del Consejo; pero no era fácil que correspondiese el efecto: porque para esto necesitaban ademas de la instruccion en el derecho de los romanos, un vastísimo estudio de las leyes reales, que no es comun en los catedráticos, y que solo puede adquirirse en los tribunales con una constante aplicacion de muchos años sustanciando y determinando pleitos; y así hizo conocer la experiencia el ningun fruto de aquellas oportunas disposiciones, que ni se han observado ni es posible que se observen, especialmente en

aquellas universidades que por la corta dotacion de sus cátedras, son miradas como medio y paso que proporcionan á sus regentes otros empleos mas ventajosos en la Iglesia ó en el ministerio secular.

10 En los nuevos planes que formó el Consejo, y se comunicaron con aprobacion de S. M. á las universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá, se tuvo particular consideracion á que se cumpliesen en lo posible los deseos tantas veces indicados de que en ellas tomasen los profesores, sin desviarse del estudio del derecho civil de los romanos y del canónico, alguna instruccion de las leyes del reino.

11 Á este fin se destinaron en Salamanca dos cátedras con igual título de Prima de leyes á la enseñanza del derecho real: en la una se explican diariamente por espacio de hora y media las leyes de la Recopilacion, y en la otra por igual tiempo las de Toro por los *Comentarios* de Antonio Gomez; pero esta enseñanza aprovecha poco, ó á lo menos no llena todo el deseo explicado en las repetidas providencias del señor don Felipe V y del Consejo, así por ser limitada la instruccion que se da á los profesores por estos volúmenes, como por no poder explicar los mismos catedráticos las intrincadas dudas y dificultades que ocurren con frecuencia en los juicios y pleitos, tanto en la sustancia como en el modo de proponer las acciones, introducir los recursos, ordenar los procesos y dar las sentencias interlocutorias ó difinitivas segun su estado y naturaleza: porque solo pueden ensayarse en andar con acierto los caminos llenos de espinas y oscuridades, que preparan las partes interesadas, los que ocupan mucho tiempo y estudio en los tribunales observando diariamente sus resoluciones.

12 Este conocimiento obligó á estrechar el estudio práctico de las leyes reales, pues ademas de las providencias tomadas muy de antiguo para que los profesores del estudio de las universidades lo hiciesen con abogado conocido, se tomaron otras que aseguran su aprovechamiento con el exámen y aprobacion del Consejo, chancillerías y audiencias: *ley* 10. *y* 11. *tít.* 5. *lib.* 3.: *ley* 53. *tít.* 4. *lib.* 2.: *aut.* 16. *tít.* 2. *lib.* 3. *cap.* 7. (Leyes 15. y 16. tít. 11. lib. 7. de la Nov. Recop).

13 Á las referidas disposiciones se añadieron otras de grande utilidad, reducidas á que todos los profesores que viniesen á tener la práctica en Madrid, hayan de asistir necesariamente un curso completo á la cátedra de derecho natural de los reales estudios de San Isidro (decreto del Consejo acordado en 4 de Diciembre de 1780); y que así éstos, acreditando el enunciado requisito ademas de los cuatro años de práctica, como los que viniesen de fuera á examinarse en el Consejo, lo sean primero por el colegio de abogados (decreto del Consejo de 17 de Julio de 1770), y con certificacion de los individuos que para este fin estan nombrados, en que acrediten la suficiencia de teórica y práctica, ejercitan en el Consejo, y se procede á su exámen. Con estas dos precauciones queda mas afianzado el concepto de la instruccion y suficiencia de los que han de ser letrados y jueces, reuniendo los conocimientos preliminares del derecho civil de los romanos y del canónico que se estudian en las universidades con los de las leyes reales, que son las reglas precisas que se han de observar en la ordenacion y decision de las causas.

14 La misma disposicion de 17 de Julio de 1770, en que se mandó precediese el exámen del colegio de abogados de Madrid en los que se hubiesen de examinar y recibir por el Consejo, se extendió y mandó guardar en las chancillerías y audiencias del reino por real provision de 7 de Agosto del mismo año de 1770.

15 Ni en los cuatro años que deben emplearse en el estudio de la práctica, ni aun en otro término mucho mas dilatado, pueden los profesores adquirir la instruccion conveniente para el gobierno y direccion de los pleitos en los tribunales, siendo tan abultados los volúmenes, que ocupan las leyes reales de la Recopilacion, autos acordados, partidas y fueros, y tantas

las dificultades que ordinariamente se presentan en la ordenacion de las instancias y recursos que se introducen en los juzgados. Para esto es necesario que los letrados y jueces hagan un estudio constante y reflexivo en los casos y circunstancias que ocurren no solo de las enunciadas leyes reales, sino tambien de otros muchos ramos que son necesarios y convenientes para su mejor y mas clara inteligencia, por la que les da la antigüedad y la historia, la observancia de los tribunales superiores, y la que ha tenido la Iglesia en su disciplina.

16 El tiempo me ha convencido con repetidas experiencias de la ignorancia en que me hallaba de las materias mas principales para la administracion de justicia, y señaladamente de las de gobierno público, sin embargo de que me parecia haber adquirido en la universidad de Salamanca los conocimientos mas exactos del derecho civil y canónico, enseñándolo por algunos años, y desempeñando los actos literarios en las oposiciones á cátedras y otros, y en las que hice tambien á prebendas de oficio de algunas catedrales de estos reinos; pues ni la instruccion de estos estudios preliminares, ni la que me dió la práctica y ejercicio de diez y siete años de abogado en los tribunales de la córte, alcanzaban á desempeñar las graves obligaciones de los ministerios con que se dignó S. M. honrar mi corto mérito en las plazas de Alcalde de casa y córte, del Consejo de Hacienda, del Consejo y Cámara de Castilla, y del gobierno de estos tribunales.

17 Conociendo en fuerza de todo la necesidad de unir la teórica del derecho de los romanos, del canónico y de las leyes reales con la práctica y uso de las acciones y recursos; y que esta no puede fácilmente adquirirse sino con la ordenacion y decision de los procesos y causas, empezé á formar estas *Instituciones prácticas*, reducidas por ahora á las causas civiles contenciosas y á los recursos extraordinarios, con el fin de facilitar á mis hijos la instruccion conveniente á llenar sus obligaciones en los ministerios con que la piedad del rey se dignase honrarlos.

## CAPÍTULO III.

### *De la demanda civil y sus partes.*

1 El medio que me ha parecido mejor para proceder con toda claridad en esta materia, es el de proponer un ejemplo de la fórmula ó libelo en que se contiene una demanda civil con todas sus circunstancias, cual es la del tenor siguiente:

N. en nombre, y en virtud de poder que en debida forma presento de N. vecino de N., como mejor proceda, digo: Que condescendiendo mi parte á las instancias de N. de la propia vecindad, le entregó en calidad de préstamo diez mil reales de vellon, y se obligó á pagarlos á dicha mi parte en dos plazos, que cumplirán el primero en fin del mes de Junio del año próximo de 1781, y el segundo en fin de Diciembre del propio año; y aunque han pasado uno y otro plazo, no ha pagado á dicha mi parte los enunciados diez mil reales, sin embargo de las atentas insinuaciones y oficios que á este fin le ha hecho [11]. En esta atencion:

Suplico á Vmd. que habiendo por presentado el referido poder, se sirva mandar que el nominado N. dentro del breve término que tenga á bien señalarle, pague á dicha mi parte los enunciados diez mil reales de vellon, que le está debiendo por la causa expresada, condenándole á que así lo ejecute, y procediendo para ello contra su persona y bienes por todo rigor de derecho, por ser justicia que pido con costas, y juro lo necesario, &c.

El escrito antecedente contiene todas las partes esenciales de una demanda; y su legitimidad y valor se demostrará por su órden.

2 *En virtud del poder.* Es regla autorizada por las leyes que ninguno puede demandar en juicio á nombre de otro sin su mandato y poder: La 2. *tit.* 3. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo* dice: «El »Juez debe demandar primeramente á »aquel que se querella, si es pleyto su»yo ó ageno; é si dixese que es ageno,

»muestre como mandó que se querellase aquel cuyo era el pleyto:» La 10. *títul.* 5. *Part.* 3. se explica en los mismos términos: «Ningun ome non puede tomar poder por sí mismo para ser »personero de otri, nin para facer de»manda por él en juicio sin ortoga»miento de aquel cuyo es el pleyto:» *ley* 20. *y* 27. *del mismo tít. y Part.: ley* 2. *y* 3. *tít.* 2. *lib.* 4: *ley* 5. *tít.* 17. *lib.* 2. *de la Recop.: ley* 55. *tít.* 1. *lib.* 3. *ibi*: (Leyes 2. y 3. tít. 3. lib. 11.: 4. tít. 7. lib. 4.: 5. y 6. tít. 2. lib. 5. de la Nov. Recop.) «Mandamos que los dichos Es»crivanos no reciban peticion alguna »de Procurador, sin que el tal Procu»rador traiga poder firmado de Letra»do por bastante, ni el Procurador la »presente sin el dicho poder.» *Ley* 24. *tít.* 16. *lib.* 2. (Leyes 3. y 8. tít. 3. y 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Mandamos »que los Abogados de las partes, antes »que presenten en juicio los poderes, »señalen en las espaldas con sus firmas »cada uno el poder de su parte, en »que diga ser bueno y bastante; y »que si despues por defecto del poder »no ser bastante, el proceso se anulare, »y fuere dado por ninguno, sea conde»nado el Abogado en las costas y da»ños que allí se recrecieren:» *ley* 5. *tít.* 17. *lib.* 2: (Ley 4. tít. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.) *ley* 24. *Cod. de Procuratorib. cap.* 1. Las acciones ya sean reales ya personales ó mistas estan inherentes á la persona á quien pertenecen, y forman parte de su patrimonio: cualquiera otro que las intente y produzca en juicio carece de accion y de interes, y no puede ejercitar el oficio del juez, porque lo excluyen los dos presupuestos ó excepciones mas poderosas que impiden entrar en juicio, cuales son: *sine actione agis: quod ad te autem attinet, liberas ædes habeo.* En el juicio se forma un cuasi contrato, y quedan los dos que litigan obligados á sus resultas; y no pudiendo el que se presenta al juicio obligar al principal sin su consentimiento exponiéndole á que pierda la accion que propone por efecto de la absolucion del reo, caducaria la sentencia haciéndose ilusoria con todos los preliminares del proceso. Los pleitos traen muchas y graves vejaciones no solo á los que litigan, sino que á veces trascienden á turbar la tranquilidad pública; y para impedir sus consecuencias ó moderarlas, se acuerdan todos los derechos en las disposiciones que prohiben se admitan pleitos voluntarios, ó se introduzcan dilaciones: *ley* 3. *tít.* 2. *lib.* 4: *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.*: (Ley 3. tít. 3. lib. 11.: 1. tit. 6. lib. 11. de la Nov. Recop.): *Cap.* 5. *de Dolo, et contumac.* ibi: *Finem litibus cupientes imponi, ne partes ultra modum graventur laboribus, et expensis::::: Cap.* 1. *de Appellationib. in Sex.* ibi: *Cordi nobis est lites minuere, et à laboribus relevare subjectos. Naothen. tít.* 2. *cap.* 1. *de Justitia in litib. vulnerat.*

3 Por todos estos respectos se consideran los pleitos en la clase de odiosos, y no deben facilitarse admitiendo á extraños que promuevan acciones agenas.

4 El que se presenta á nombre de otro sin competente poder no puede tener la instruccion necesaria para llenar las partes esenciales de la demanda, privando al reo de los conocimientos precisos para confesarla ó reclamarla; y sobre estas poderosas razones procede la regla ya indicada de no poder un extraño demandar á otro en juicio sin consentimiento y poder del principal á quien pertenece la accion, y el interes que solicita.

5 Este mismo pensamiento de no deber admitirse instancia alguna sin el poder competente se convence mas si se reflexiona que el actor puede tomarse todo el tiempo que sea necesario para introducirla y autorizarla con los documentos convenientes: entre estos se considera el poder como principal y prévio, y no deben favorecer los derechos al negligente que no lo otorga, ni ayudarle con suplementos que no llenan la intencion de la ley.

6 Al reo se le instruye plenamente con toda la relacion de la demanda, y se le concede para deliberar en su defensa el término competente, dentro del cual puede y debe otorgar su poder con las seguridades de derecho para que puedan ejecutarse las senten-

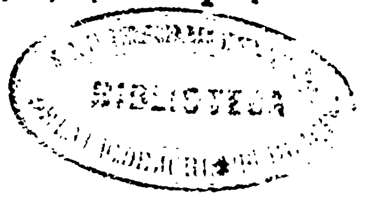
cias y decretos judiciales; y el que abusa de los remedios que le franquean las mismas leyes, y procede por negligencia ó malicia en su contravencion, no merece auxilios extraordinarios de las mismas leyes: *cap.* 10. *de Immunit. Eccles.* ibi: *Et frustra legis auxilium invocet, qui committit in legem.*

7 Considerando los insinuados inconvenientes, que sin duda acreditaria la experiencia en el uso de la antigua legislacion hasta las leyes de Partida, se mejoró este artículo en las posteriores de la Recopilacion, y se observan constantemente en los tribunales, donde no se admiten instancias ni demandas algunas sin que las acompañe el poder del principal interesado, prévio el reconocimiento de ser suficiente: *ley* 2. *y* 3. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop. ley* 5. *tit.* 17. *lib.* 2. (Leyes 2. y 3. tit. 3. lib. 11. 4. tit. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.): *Carlev. de Judiciis, tit.* 2. *disput.* 4. *n.* 27: *aut.* 6. *tit.* 8. *lib.* 1. *cap.* 7. *aut.* 5. *tit.* 19. *lib.* 2. *aut.* 7. 20. 30. 32. *del mismo tit. y lib. ibi:* «Los »Escrivanos de Cámara en adelante no »admitan, ni den cuenta de peticion »en el Consejo, sin que se presente »con ella poder bastante, como está »mandado, y lo cumplan pena de cin»cuenta ducados.»

8 En algunos casos podria correr la demanda puesta á nombre ageno sin poder competente, como seria si el juez la admitiese y no la repeliese en su principio: si el reo la contestase sin excepcionar el defecto de poder, concurriendo ademas la ratihabicion del principal interesado, por cuyo efecto se legitima y convalida todo lo obrado, y queda autorizado el demandante para continuar el pleito, como si en el principio hubiera tenido poder competente: *ley* 20. *tit.* 5. *Part.* 3: «Pero si alguno demandare en juicio »por otro así como personero, é aquel »á quien ficiesen la demanda, entrase »en pleyto con él, non le diciendo que »se ficiese personero de aquel por »quien demandaba, si despues deso »viniese aquel en cuyo nome facia la »demanda, é quisiese aver por firme »lo que era fecho con él, valdria todo »lo que fuese fecho en juicio; bien así »como si de comienzo lo oviese otor»gado por su personero:» *cap.* 10. *de Regul. jur. in Sex.: Ratihabitionem retrotrahi, et mandato non est dubium comparari.*

9 La anterior limitacion que indica la citada ley de Partida, y que siguen por ella algunos autores, no llena del todo la intencion de la regla, especialmente en el objeto de que los juicios no queden ilusorios, lo cual pertenece á la autoridad y gravedad de los autos judiciales; pues si el principal interesado no quisiese ratificar lo que se habia obrado á su nombre por el demandante, quedaria en esta parte ilusorio el proceso con todo lo demas que en su contestacion se hubiese obrado por el reo. Lo mismo sucederá en aquellos casos en que las enunciadas leyes de Partida permiten demandar ó defender al reo sin presentar poder, con tal que den fiadores de que el principal ratificará lo obrado; pues aunque el reo pudiese recobrar del que demandó sin poder ó de sus fiadores los gastos expendidos en el pleito á falta de la ratificacion del principal, quedaria no obstante perjudicado en las molestias personales y otros cuidados que ocupan á los litigantes, y no se consideran para ser compensados; y resultaria igualmente que todos los decretos judiciales conducentes al fenecimiento de aquella causa quedasen ilusorios sin lograr la utilidad de concluirla y fenecerla, convirtiéndose en vergüenza y escarnio de los tribunales y en daño de la república: *ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3: «E así el »trabajo que oviesen pasado en oyén»dolas, tornarselas y á en escarnio é »en vergüenza:» Molina, *de Primog. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 10. *cum aliis.*

10 La segunda parte de la demanda empieza desde la cláusula *condescendiendo mi parte*, y concluye refiriendo la causa de la obligacion. Los hechos en que se funda la demanda deben referirse sencillamente con la mayor claridad en todas sus partes, señalando la cosa que se pide de un modo cierto, de suerte que pueda comprobarse su identidad, y poner desde



luego al reo en cabal conocimiento para contradecir la instancia, ó condescender á ella; y una de las partes que mas principalmente influye en esta deliberacion, que produce otros efectos favorables al mismo actor, y hace mas expedita la acertada resolucion del juez, consiste en que se exprese la causa ó título de donde procede la accion, ya sea personal ya real ó mista: porque determinándose el contrato ó medio por donde se ha adquirido mas fácilmente lo puede despues probar, y mas de cierto puede ser dado juicio sobre ella; y si acaso no probare aquella causa ó razon que puso el demandador en su demanda, queda en libertad y sin embarazo para repetir nuevo juicio siendo librado el primero, proponiendo diversa causa ó contrato de que le haya procedido la accion, el dominio ó la posesion de la cosa; y tiene además la determinada expresion de causar otro efecto ventajoso al reo reducido á facilitar su defensa, ó á que se decida con mas seguro conocimiento á condescender sin pleito con las intenciones del actor: *ley* 15. 25. *y* 40. *tít.* 2. *Part.* 3.: *ley* 4. *tít.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 4. tít. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.).

11 La expresion del contrato ó causa de que proceda la deuda, ó la cosa que se demanda, se consideró tan esencial en los derechos antiguos, que el instrumento que no la contenia, aunque se confesase en él la obligacion, quedaba en suma debilidad, y no producia accion eficaz, ó á lo menos se eludia fácilmente con la excepcion que indicaba el reo de ser indebido el crédito, gravando al actor con la necesidad de probar la causa que no se explicaba en el papel: *cap.* 14. *de Fide instrumentor.*: *ley* 25. *ff. de Probationib.* §. 4. *vers. Sin autem.*

12 Y aunque las leyes de la nueva Recopilacion removieron ciertas solemnidades que embarazaban el curso y decision de los juicios, y quisieron que cada uno se obligase del modo que le pareciese, y que se determinasen los juicios sabida la verdad sin detenerse en escrupulosas solemnidades, aunque fuesen de las correspondientes al órden, y sustancia de los mismos juicios, mantienen sin embargo las cosas esenciales, siendo una de ellas la expresion de la causa ó contrato de que procede la accion: *ley* 10. *tít.* 17. *lib.* 4.: *ley* 2. *tít.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 2. tít. 16. lib. 11.: ley 1. tít. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.).

13 La tercera parte de la demanda consiste en la conclusion del pedimento, que es la que da forma al juicio, determina la accion, y es la parte dominante que debe atenderse en cualquiera duda que haya entre la misma conclusion y la narrativa del escrito; pues aunque en esta se encierren todos los hechos y partes fundamentales de la causa y de las acciones, pueden producir diferentes remedios, ya sean ordenados de un modo que los interesados puedan usar de ellos sucesivamente, ó ya se consideren incompatibles, de manera que el uso de una accion excluya ó deje ineficaz la otra, y en concurrencia de estas circunstancias corresponde á la parte la eleccion de la instancia que quiera promover, y se entiende que la determina y señala en la conclusion de su escrito: *ley* 40. *tít.* 2. *Part.* 3. «Onde vos pido »que le mandedes por juicio que me »los dé:» Olea, *tít.* 6. *q.* 1. *n.* 18. *In quo conclusio libelli, non narratio attendenda est: quia in libello conclusio prædominatur, et id petitum censetur, quod in eo concluditur:* Paz, *tom.* 1. *part.* 1. *tempor.* 4. *n.* 28. *cum pluribus relatis.*

14 Pero el juez que conoce de la causa no ha de estar tan escrupulosamente ligado á las palabras de la conclusion de la demanda que no pueda suplir algunas para reducir el juicio útilmente en beneficio de las partes, atendida la verdad de lo que solicitan y prueban.

15 Los repetidos casos particulares demuestran la antecedente proposicion, que trae su orígen de las leyes reales que han removido justamente todas las fórmulas y solemnidades escrupulosas, atendiendo principalmente á la verdad y buena fé, de que resulta la utilidad pública: *ley* 10. *tít.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 2. tít. 16. lib. 11. de la No-

vis. Recop.): *ley* 3. *tít.* 22. *Partida* 3.: *ley* 22. *tít.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.)

16 Por cuatro causas excedian los actores en sus demandas pidiendo mas de lo que se les debia: en la cantidad, en el tiempo, en el lugar ó en el modo, y se atendia en lo antiguo tan escrupulosamente á la conclusion de sus instancias que nada se suplia en ellas, antes bien se corregia el exceso con la pérdida de la causa que intentaban, quedando libre el reo de su satisfaccion, y reintegrando al mismo tiempo en las costas, daños y perjuicios que le irrogaba por estos medios el actor: §. 33. *Institut. Justinian. tít. de Action. et ibi latissimè, et eruditissimè Vinnius.*

17 Estas disposiciones parecian demasiadamente rígidas, y se templaron con alguna equidad, cual fué que los que pedian sus créditos antes de cumplido el plazo fuesen condenados en las costas que causaban al reo, á quien ademas concedia el juez doble tiempo del que le restaba: §. 33. *Instit. Justinian. de Actionib. in fin. et ibi Vinnius.* §. 10.: *idem. Inst. tít. de Excep.*

18 Los que excedian por alguno de los otros tres modos referidos eran condenados á satisfacer al reo el tres tanto del daño que le producia su instancia: §. *citat. num. prox.*

19 En las leyes de Partida se dispone que cuando el actor pide mayor cantidad de la que le es debida, condene el juez al demandado en la cantidad líquida que constase estar debiendo, y le absuelva de la que con exceso se le pedia, haciendo resarcir y compensar al demandado las costas y daños que expendió por causa del exceso del actor: *ley* 43. *tít.* 2. *Part.* 3.; y en lo mismo convienen las leyes de la Recopilacion aun en los juicios ejecutivos: *ley* 8. *tít.* 21. *lib.* 4. *de la Recop. in fin*: *ley* 9. *del mismo tít. y lib.*

20 En las ventas que contienen lesion enormísima en mas de la mitad del justo precio compete la eleccion al demandado de suplir el precio, ó volver la cosa: *ley* 1. *tít.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.): *ley* 56. *tít.* 5. *Part.* 5.: *cap.* 3. *extra de Empt. et vendit.* Sucediendo lo mismo en todas las obligaciones alternativas: §. 33. *Instit. de Actionib. et ibi Vinnius*: §. 22. *Inst. de Legat. et ibi Vinnius*: *ley* 42. *tít.* 2. *Part.* 3. Si el actor pide determinadamente una de las dos cosas contenidas en las obligaciones alternativas, excederá su demanda los límites de la obliicion, y vendrá á pedir mas de lo que se le debe, queriendo privar al demandado de la opcion que le compete, y le puede ser de grande interes ó de considerable afeccion: *ex dictis num. prox.*

21 Si ha de estar el juez á la letra de la demanda sin variar su conclusion, debe absolver al demandado á lo menos de la instancia, y condenar al actor en las costas, porque carece de accion eficaz en lo que pide, debiendo esperar que se verifique la eleccion del reo, que es una especie de condicion que mantiene en suspenso los efectos de la accion; pero de aquí resultaria que perdiendo el tiempo y los gastos causados en esta instancia sin fruto ni aprovechamiento alguno, se repitiese otra nueva, enmendando el actor aquel defecto, y cayendo en el inconveniente de multiplicar pleitos en perjuicio de los mismos interesados y de la república; y para ocurrir á estas perniciosas consecuencias conservando á las partes cuanto las compete por sus contratos y obligaciones, y podrian sacar en la nueva instancia, persuade la verdad y buena fe que el juez supla tales defectos, concibiendo su sentencia en los mismos términos en que lo haria si el actor no los hubiese padecido, y condenando al demandado á que restituya la cosa que habia comprado en menos de la mitad del justo precio, ó supla el equivalente á su justo valor: Hermosil. *in leg.* 56. *tít.* 5. *Part.* 5. *glos.* 7. *n.* 31.: Matienz. *in leg.* 1. *tít.* 11. *lib.* 5. *glos.* 1. *n.* 1. *ad* 3.

22 Lo mismo debe observarse en las obligaciones alternativas que se intenten determinadamente por el actor, conservando al demandado su eleccion, y condenándole á que entregue la parte que eligiere.

23 Los juicios ejecutivos son incomparablemente mas rígidos en la

observancia del órden que prescriben las leyes para sustanciarlos y determinarlos; pero si en algun caso hallasen los jueces superiores en los recursos de apelacion que la deuda está suficientemente calificada con instrumentos, confesiones y reconocimientos, que han producido justamente la ejecucion, y que por no haber guardado el órden en su progreso deberia declararse nula, y reponerse al estado primitivo en que empezaron estos defectos sustanciales; será muy propio de la equidad y razon de los jueces superiores, atendida la verdad del proceso, condenar al reo á la paga de la cantidad comprendida en la ejecucion, concibiendo la sentencia en la forma y estilo de ordinaria: Carlev. *de Judiciis, tít.* 2. *disp.* 8. *n.* 3. *al* 9. *cum pluribus ibi relatis.*

24 Por los ejemplares referidos se percibe la eficacia y valor que dan las leyes reales á la verdad y buena fe, para que sean atendidas como primer objeto en los juicios, siguiendo las intenciones de las partes sin embarazarse en algunas formalidades, que aunque se establecieron para explicar y conocer mejor las instancias, no deben convertirse en menosprecio de los juicios y en daño de los mismos interesados.

25 Consiguiente á estos principios se han de considerar de poco momento las cláusulas que generalmente se ponen en los escritos de que se pide justicia con costas, juro lo necesario, &c. de cuyos efectos tratan largamente los autores prácticos: Paz, *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 4. *n.* 28.: Curia Philip. *part.* 1. §. 11. *n.* 12.

26 Con razon seria tenido por necio quien solicitase á las puertas de un mendigo que le diese grandes tesoros, y quien de una piedra intentase sacar arroyos de agua: porque ni el uno podia condescender á la instancia, ni el otro podia fundar esperanza de conseguir su intento. Por lo mismo es advertencia necesaria que el actor lleve sus pretensiones al juez que tenga autoridad y poder para hacerlas efectivas sobre el conocimiento y decision de su justicia y su cumplida ejecucion: *ley* 32. *tít.* 2. *Part.* 3. *ibi:* «E »porende decimos, que los Sabios an»tiguos, que ordenaron los derechos, »tovieron por derecho, que quando el »demandador quisiese facer su deman»da, que la ficiese ante aquel Juez, »que ha poder de judgar al demanda»do:» *ley* 2. *Cod. de Jurisdict. omnium judic. Nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet: cap.* 8. *ext. de For. competent: ley* 21. *tít.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 13. tít. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.) «Mas que el actor siga el »fuero del reo ante su Juez Ordinario.»

27 Los hombres que en su primitivo estado natural no reconocian superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban de consiguiente autorizados para hacerlo por sí propios: la experiencia les hizo entender los graves daños á que los conducian estos medios; pues ó no podian defenderse por sí mismos, ó excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, á que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordáron unirse en sociedades, y confiar su defensa y la de todos sus derechos á una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos, y los conservase en paz y en justicia: Grot. *lib.* 1. *cap.* 2. §. 1. *Nam societas eo tendit, ut suum salvum sit communi ope, et conspiratione:* Puffend. *lib.* 7. *cap.* 1. §. 7. *Genuina igitur, et princeps causa quare patresfamilias, deserta naturali libertate, ad civitates constituendas descenderint, fuit ut præsidia sibi circumponerent contra mala, quæ homini ab homine imminent: idem lib.* 7. *cap.* 2.: Heinec. *Prælect. Academ. lib.* 2. *cap.* 6. §. 6. *et* 10.: *ley* 2. *tít.* 10. *Part.* 2.

28 Por estas disposiciones primitivas, que son comunes á toda especie de gobierno de los tres que conocemos, monárquico, aristocrático y democrático, se desprendieron los hombres de todo el poder y libertad que gozaban,

quedando reunido privativamente en la cabeza de la sociedad, la misma que se constituyó responsable á mantenerlos en paz y en justicia.

29 En uso de esta suprema potestad, y en cumplimiento de las obligaciones en que se constituyó, pertenece al rey el oficio de juzgar las causas de sus vasallos[12]; pero como no es posible en los grandes imperios cumplir por sí solo este grave cargo, ni seria conveniente ocuparse todo el tiempo en las molestias é importunidades que traen las causas, fue necesario que sustituyese otros, que con su poder y representacion satisfaciesen las obligaciones de mantener el pueblo en paz y en justicia, consultando al mismo tiempo la mayor comodidad y utilidad de los súbditos, y con este objeto distribuyó las provincias, erigió los tribunales, y señaló á cada uno los límites de su autoridad y jurisdiccion, deseando que no se complicasen ni embarazasen en el uso de ella.

30 De estos principios, que son á todos bien notorios, nace por una consecuencia necesaria que la primera y mas natural competencia de jurisdiccion se justifica en todos aquellos que viven y moran la mayor parte del año con sus familias en el pueblo y término señalado al juez para que conozca en primera instancia, que es el medio legal de establecer su domicilio; y con este respecto puede llevar á efecto sus determinaciones hasta que le tenga la intencion del actor, á quien corresponde el cuidado y deliberacion de poner sus demandas ante aquel juez que pueda conocer, determinar y ejecutar las sentencias que diere contra el reo que habite y more dentro de los términos que le estan señalados, siendo este todo el fundamento, en que estriba la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo, que es decir, que lo ha de demandar ante su juez competente, como lo es efectivamente el de su domicilio, en el cual puede manifestar y probar mas cómodamente sus defensas, que es otro de los objetos de utilidad pública que considera el príncipe en la division de sus territorios y en la comision de su poder á los jueces: *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3.: *ley* 9. *tit.* 28. *de la misma Part.*: Carlev.: *de Judiciis*, *tit.* 1. *disput.* 2. *q.* 1.

31 La misma regla que va establecida para el fuero del domicilio, que se pone en primer lugar por su preferencia, procede en las demas causas y modos que estan señalados por las leyes para adquirir fuero por razon de la cosa que se demanda del contrato ó paga señalada en cierto lugar y otras semejantes, guardando el órden y preferencia que nacen de la concurrencia de causas y circunstancias.

32 Auto. *Traslado*: Este auto *traslado* se repite en todos los escritos y alegaciones que presentan las partes hasta la conclusion de la causa, para que instruidos de los fundamentos que exponen, puedan acordar con verdad y buena fe sus respectivas defensas.

33 La voz *traslado* explica con toda propiedad ser copia literal y entera de los escritos é instrumentos presentados por las partes, la cual ha de corresponder á los originales.

34 En el Diccionario de la lengua castellana compuesto por la Real Academia Española, impreso en Madrid año 1780, á la palabra *traslado* dice que «es escrito sacado fielmente de »otro que sirve como de original;» y en la palabra *trasladar*: «copiar con »puntualidad, ó escribir en una parte »lo que está escrito en otra.»

35 En las leyes guarda el mismo sentido y significacion. La *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. encarga á los que se alzan ó apelan el modo como deben hacerlo, reducido á que pidan mansamente á los jueces de quienes se agraviaron, «que les den el pleyto como pasó, é las »razones como fuéron tenidas, é el jui»cio que fuera dado sobre ellas;» y con respecto al juez dice: «é el Alcalde »de quien se alzaren, develo facer, »dandoles traslados de todo bien é leal»mente, non creciendo, nin menguan»do ninguna cosa.» Al propio intento y con la misma diferencia entre el original y el traslado conducen las *leyes* 112. 113. *y* 114. *tit.* 18. *Part.* 3. La *ley* 6. *tit.* 3. *de la propia Partida* hace varias prevenciones al demandado para que pueda responder á la demanda, y

entre ellas señala ésta: «devese facer dar »en escrito la demanda que quieren mo»ver contra él.»

36 La *ley* 9. *tit.* 20. *lib.* 2. *de la Recop.* dispone todo lo conveniente acerca de los poderes, escrituras y demas que se presentan en los juicios, y manda: «que los originales «el Escri»vano de la causa los tenga en su po»der en guarda apartados del proceso, »y que en el proceso se ponga el tras»lado concertado con la otra parte::::: »y que en el tiempo que se admite la »presentacion de escrituras, se ponga »el traslado dellas concertado en la for»ma susodicha, y se dé traslado á las »partes sin dia, y mes, y año; porque »de no se aver hecho, la experiencia ha »mostrado que se han hecho muchas »veces fingidamente las escrituras per»dedizas.»

37 Pero el uso de los tribunales, aunque ha conservado el nombre y significacion original de la voz *traslado*, no guarda la misma propiedad en su ejecucion, pues manda entregar al demandado el escrito original, y los instrumentos, que presenta el actor con el mismo fin de que se instruya por ellos plenamente de las causas, que le deben mover á condescender con la instancia, ó á contradecirla; y este medio que porduce y asegura el mismo efecto, que el antiguo de sacar copia de los escritos é instrumentos que presentaban las partes, trae el beneficio de la mayor expedicion de los pleitos, excusa gastos, y se precave la pérdida de los autos originales con los recibos y obligaciones que constituyen los procuradores, quedando responsables á volverlos á la misma escribanía íntegros y sin mengua alguna, segun dispone la *ley* 11. *tit.* 20. (Ley 9. tít. 24. lib. 5.: 6. tít. 35. lib. 5. de la Nov. Recop.) y la 4. *tit.* 24. *lib.* 2. *de la Recopil.*; y con estas luces puede el demandado deliberar sobre la contestacion, de la cual y de sus partes y efectos trataré en el capítulo próximo.

## CAPÍTULO IV.

### *De la contestacion.*

1 Á la manera que en el capítulo antecedente propusimos un ejemplo de la fórmula ó libelo de la demanda para proceder á su explicacion con la mayor claridad, daremos aquí principio tambien con un ejemplo del libelo de la contestacion con el mismo fin de hacer mas perceptible su explicacion en los términos siguientes:

N. en nombre, y en virtud del poder que en debida forma presento de N. vecino de T., usando del traslado que por auto de cinco del presente mes de Junio se me ha comunicado de un escrito presentado á nombre de N. vecino de T. digo: Que refiriendo haber entregado á mi parte en calidad de préstamo diez mil reales vellon, y ser pasados los dos plazos señalados para el pago, pretende que mi parte le haga íntegro y efectivo de los expresados diez mil reales con lo demas que contiene dicho escrito; y contradiciendo en forma la enunciada pretension, se ha de servir vmd. absolver y dar por libre de ella á dicha mi parte, á cuyo fin pongo á su nombre la mas justa y debida compensacion de otra igual cantidad que le debe el nominado N. como heredero de N., vecino que fué de N., procedente del testamento bajo cuya disposicion falleció otorgando en 3 de Enero del presente año de 1782 por testimonio del Escribano de número de ella N. en el cual legó á mi parte quince mil reales vellon, como se comprueba por el testimonio del citado testamento que en debida forma presento, y por el resto de esta cantidad, que son cinco mil reales, compensados los diez mil que pide el nominado N., pongo á éste la demanda de mútua peticion y reconvencion en forma para que se sirva vmd. condenarle á que los dé y entregue á mi parte; pues todo procede así, y es de hacer por lo favorable y siguiente. Y porque, &c.

2 La respuesta del reo demandado confesando ó contradiciendo la instancia del actor es la que se llama contestacion. El Diccionario de la lengua

castellana, pág. 267 en la palabra *contestar* la demanda ó el pleito, dice así: «responder derechamente á la demanda: *litem contestari*:» *ley* 3. *tít.* 10. *Part.* 3.: «Comenzamiento, é raiz de »todo pleyto sobre que deve ser dado »juicio, es quando entran en él por »demanda, é por respuesta delante del »Judgador::::E respondiendo el demandado á aquella demanda llanamente, »si, ó non::::Enqualquier destas maneras, que de suso diximos, que responda el demandado á la demanda »que le facen, cumple para ser comenzado el pleyto por demanda, é por »respuesta, á que dicen en latin *contestatio*:» *ley únic. tít.* 7. *del Ordenamiento de Alcalá*, y la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 6. lib. 11. de la Nov. Recop.)

3 Paz, *en su Práctica tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 1. la difinió ó describió con notable redundancia, considerando como parte de la contestacion la referencia del negocio ó causa principal que contiene la demanda: *Principalis negotii apud judicem competentem facta narratio, et ad eum secuta responsio;* pero está demas toda la primera parte, completándose la contestacion con la sola respuesta del demandado en sus palabras *si ó no.*

4 Parladorio, *lib.* 1. *Rerum. quotid. cap.* 14. se entró á examinar el orígen ó etimología de la voz *contestacion*, y suponiendo que las mas veces niega el demandado la intencion del actor, se inclina á que con mas propiedad debia llamarse *inficiacion*, haciendo diferencia entre el caso en que el demandado confiesa y el en que niega; pero esto es desconocer la propiedad que dan las leyes á la contestacion relativa al pleito, ya sea confesando ó negando la instancia, segun queda advertido.

5 El actor en su demanda no pregunta al demandado sobre las causas y acciones que propone, antes bien les dá una positiva seguridad independiente de que el reo las reconozca ó niegue; y así parecia que no debia llamarse respuesta lo que éste dijese en su contestacion; pero lo cierto es que el juez no podia decidir la pretension del actor por solo un escrito, y era necesario esperase competente prueba de su verdad, ya fuese por la confesion del demandado, ó en su defecto por otros medios legales de instrumentos ó testigos. Para la primera prueba comunica al demandado traslado de la instancia, y en esta providencia se contiene una eficaz pregunta al reo para que responda y confiese si es cierta la demanda ó no; y en este concepto puede con propiedad decirse que el demandado responde al juez lo que desea saber sobre la demanda del actor siendo esta la materia ó asunto á que se refiere su contestacion confesándola ó negándola. En el primer caso procede el juez á dar su sentencia sin esperar otras probanzas, que no aprovecharian sobre la que produce la confesion siendo igualmente oficiosos todos los demas procedimientos de la causa. Y cuando contradice la demanda, como falta la prueba que necesita el juez, es necesario ir por la causa adelante esperando la que hagan las partes en los términos que conceden las leyes.

6 El demandado tiene el término de nueve dias para instruirse de la demanda, y delibetar su contestacion empezando á correr y contarse desde el siguiente al de la notificacion del traslado; pues está en su arbitrio tomar la demanda, enterarse de ella, y consultar su resolucion acerca de confesarla ó contradecirla; y estos nueve dias corren por momentos sin interrupcion ni descuento de los feriados, porque son continuos y perentorios á fin de no alargar los pleitos con voluntarias ó maliciosas dilaciones: *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *Recop.*: *ley* 2. *tít.* 3. *del mismo lib.* (Ley 1. tít. 6. lib. 11. y 13. tít. 4. lib. 11. de la Nov. Recop.).

7 Aunque la citada *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 1. en la citada) señala al parecer por término, en que deben empezar los nueve dias, aquel en que fuere puesta la demanda, diciendo: «que del dia que la demanda fue»re puesta al demandado, ó su Procu»rador, sea tenudo á responder dere»chamente á la demanda, contestando »el pleyto, conociendo, ó negando, »hasta nueve dias continuos,» debe

entenderse en el caso que el mismo dia, en que se pone la demanda, llegue á noticia del demandado, ó de su procurador, por medio de la notificacion y entrega efectiva del escrito y documentos, que le acompañen concurriendo tambien la circunstancia de que en aquel tiempo esté el demandado en el lugar del juzgado en donde se radicó la instancia: porque si estuviese ausente le debe conceder el juez término competente para que precedido el emplazamiento, pueda venir ó enviar procurador que conteste la demanda, y que á este fin le queden útiles los nueve dias para enterarse y deliberar lo que ha de exponer en su contestacion; y con este respecto señalan las leyes á los emplazamientos que mandan hacer los del Consejo y audiencias el término de treinta dias ó el de cuarenta reservando á los jueces el arbitrio de prorogarlo ó abreviarlo atendida la calidad de las personas, la distancia del lugar donde esten, y otras circunstancias: *ley* 1. *tít.* 3. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 12. tít. 4. lib. 11. de la Nov. Recop.).

8 Si no contestase el demandado dentro de los nueve dias que á este fin se le señalan, se estima legalmente contestada la demanda en la primera parte de reconocerla y confesarla por efecto de la rebeldía en que incurre con solo el transcurso de los nueve dias, que es término perentorio que interpela al demandado, como se demuestra de la citada *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 1. tít. 6. lib. 11. de la Nov. Recop.) que dice: «Y si así no »respondiere, que sea avido por con»fieso por su rebeldía, por esta nues»tra ley, aunque no sea dada la sen»tencia contra él sobre ello;» pero la práctica y estilo de los tribunales ha recibido por constante que el actor, pasado el término de los nueve dias, acuse al demandado la rebeldía, para que con esta prévia diligencia se tenga por confeso: Paz, *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 23.: Curia Philip. *part.* 1. §. 14. *n.* 8.

9 Al ignorante, y al impedido con justa causa, no les corre término, ni se consideran rebeldes para caer en la pena de tenerlos por confesos; y contestada la demanda; y así en cualquier tiempo que se presenten al juez, y propongan y justifiquen haber estado impedidos para venir á responder á la demanda en los nueve dias señalados, ya sea por haberla ignorado, ó por otra causa, que los excuse de la rebeldía, conservarán el término, y gozarán de él para responder y contestar, ó proponer excepciones dilatorias, reponiéndose la confesion y sus efectos, porque la rebeldía en que se motivó fué presunta y ficta; y una y otra ceden á la verdad. De otro modo se impondria pena al inocente, y se añadiria afliccion al afligido, que por enfermedad ó por otro caso fortuito, no pudo llegar á tiempo oportuno para defenderse: *ley* 11. *tít.* 7. *Part.* 3.: *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 1. tít. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.).

10 Esta especie de confesion presunta por efecto de la rebeldía conviene con la real y efectiva en que por una y otra queda el reo excluido de proponer excepciones dilatorias, ó las que tengan fuerza de tales, aunque en su esencia y efectos sean perentorias.

11 En la primera clase está la excepcion de incompetencia de jurisdiccion, recusacion del juez, plazo no cumplido, y otras de que tratan largamente Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 24. *y en el cap.* 18.: Paz, *Prax. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 5. *n.* 14.: Cur. Philip. *part.* 1. §. 13. *n.* 6.

12 En la segunda se consideran las de cosa juzgada, transaccion, pacto ó juramento de no pedir, de las cuales tambien hay copiosos tratados; pero estas pueden proponerse en calidad de dilatorias, observando entonces el mismo tiempo señalado antes de la contestacion, porque con ella se entiende que han consentido en el juez y renunciado el beneficio que les competia para dilatar á otro tiempo la contestacion.

13 De estas excepciones trató con preferencia á la contestacion Paz *en su Práctica tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 5. ligándose al tiempo material en que debian proponerse, sin advertir que las leyes establecen la regla de que á la

demanda ha de seguir necesariamente la contestacion, y por limitacion ó excepcion de esta regla señalan los casos en que los reos tengan y quieran usar de tales excepciones para dilatar ó impedir; y no debe invertirse el órden de establecer en primer lugar la regla, y tratar despues de sus limitaciones, como lo observa toda buena legislacion, y se demuestra en los *títulos* 2. 3. 4. *y* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* (Títulos 3. 4. 6. y 7. del lib. 11. de la Nov. Recop.).

14 Cuando la contestacion se hace llanamente y de buena fe confesando la obligacion en los términos que la propone el actor, impide el progreso del juicio, y no deja mas partes al juez que las de condenarle incontinenti al pago ó restitucion de la cosa que se le pide, concediéndole término competente: así lo dice la *ley* 7. *tít.* 3. *Part.* 3. *ibi*: «Mas quando otorgase luego lo »que devia, el Judgador le deve man»dar que pague lo que conosció, fasta »diez dias, ó á otro plazo mayor, se»gund entendiere que es guisado en »que lo pueda cumplir:» Esto mismo confirma la *ley* 2. *tít.* 13. *de la misma Part. ibi:* «Grande es la fuerza que há »la conocencia::::Ca por ella se puede »librar la contienda, bien así como si »lo que conocen, fuese provado por »buenos testigos ó por verdaderas car»tas. É porende el Judgador, ante »quien es fecha la conocencia, deve »dar luego juicio afinado por ella, si »sobre aquella cosa que conocieron fué »comenzado pleyto ante por demanda, »é por respuesta:::::::Mas si alguno fi»ciese venir su debdor antel Juez, é le »rogase que le ficiese jurar,::::::é el de»mandado respondiese luego llanamen»te que gela devia, non le queriendo »facer contienda sobre ello; estónce »decimos, que abonda que el Judga»dor mande al debdor que fizo la co»nocencia, que pague aquella cosa::::: »é non há porque le dé otro su juicio »afinado, sobre tal razon como esta:» la *ley* 2. *tít.* 22. *de la misma Part.* y la 1. *tít.* 7. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.) se explican de la manera siguiente: «Y si »de la respuesta de las posiciones ha»llare el Juez que puede dar sentencia »difinitiva, concluso el pleyto la dé, »la que por fuero, ó derecho deva; y »sino resciba las partes á prueba delo »por ellas dicho é alegado.»

15 Es de observar por el contesto de las enunciadas leyes que el deudor puede hacer la *conocencia* de su obligacion á favor del acreedor en dos tiempos y maneras: la primera cuando el acreedor la pidiere ante juez competente como preliminar á su demanda, y antes de formalizarla; y en este caso producirá un precepto ó mandamiento de pago, que sin ser sentencia verdaderamente difinitiva obra los mismos efectos, y la debe cumplir en el término que le señale el juez sin dar lugar á pleito ni demanda: la segunda cuando responde á las posiciones del actor despues de contestada la demanda ó en el mismo acto de la contestacion; y entonces procede el juez á dar su sentencia difinitiva estando el pleito concluso.

16 La razon de esta diferencia en el modo de concebir su mandamiento el juez, aunque no la haya en el efecto de su ejecucion, consiste en que sin demanda y contestacion no puede tener lugar la sentencia difinitiva, y se suple con el precepto de pagar, que tiene en este caso la misma fuerza por efecto de la confesion, que es la prueba mas constante y segura, como si se hiciese con buenos testigos ó por cartas verdaderas, y así produce ejecucion: *ley* 5. *tít.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 4. tít. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Ó las confesiones claras fechas »ante juez competente, trayan apare»jada execucion;» y no se permite que los letrados hagan sobre ellas preguntas: *ley* 4. *tít.* 7. *lib.* 4.: *ley* 31. *tít.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* (Leyes 7. tít. 21. lib. 11. y 4. tít. 9. del mismo lib. de la Nov. Recop.); porque nada añadiria á la confesion cualquiera otra prueba que se hiciese por testigos ni aun por cartas, y se caeria en un acto ilusorio, resistido constantemente por las mismas leyes: *ley* 4. *tít.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 5. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.). Y por último con la sola confesion del deudor se halla probada la verdad del hecho, y por ella se debe

juzgar de buena fe: *ley* 10. *tít.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 2. tít. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.)

17 De la sentencia ó mandamiento que diere el juez por efecto de la confesion que hiciere el deudor en los términos y con la diferencia indicada, no hay apelacion: Gregorio Lopez *in leg.* 7. *tít.* 3. *Part.* 3. *glos.* 1. con muchos que refiere: porque si este remedio, faltando las causas referidas, se tomase por pretexto para dilatar los pleitos en grave daño de los interesados y del público, seria perjudicialísimo siendo de otra parte tan recomendable cuando se usa de él en propia natural defensa para reparar los agravios que hacen á las partes los jueces por malicia ó por ignorancia, enmendándose á veces los mismos interesados alegando, y probando en las ulteriores instancias lo que omitieron en la primera, segun la *ley* 1. *tít.* 23. *Part.* 3. *ibi:* «E tiene »pró el alzada quando es fecha dere»chamente, porque por ella se desatan »los agraviamientos que los Jueces fa»cen á las partes tortizeramente, ó por »non lo entender:» *ley* 1. *tít.* 18. *lib.* 4.: la 4. *tít.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 20. lib. 11. y 6. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.): *leg.* 1. *ff. de Appellat.: leg.* 6. §. 1. *Cod. eod. tít.*

18 Este es el fundamento mas sólido que excluye las apelaciones frívolas y notoriamente calumniosas, Salgado, *de Reg. protect. part.* 3. *cap.* 6. *á n.* 40. *ubi latissime*; y ninguna lo seria mas que la que se interpusiese contra lo mismo que habia confesado y reconocido el deudor llanamente, supuesto que no podia mejorarla con pruebas ni alegaciones, pues las resisten las mismas leyes, segun se ha demostrado.

19 Pero si se motivase en la apelacion haber hecho con error su confesion, y se ofreciese á probarlo, debe ser admitida; y se revocará la sentencia dada por consecuencia de su confesion, si probare su error en el juicio de la apelacion: Gutierrez, *de Juram. confirm. part.* 3. *cap.* 8. *n.* 4. *et* 5.: Gregorio Lopez, *in leg.* 16. *tít.* 23. *Part.* 3. *glos. De la sentencia:* Ceballos, *Com. cont. com. q.* 669. La razon es clara, porque nada hay mas contrario al consentimiento y voluntad que el error, y justificándose la sentencia dada por efecto de la confesion de la parte en el consentimiento que contenia, caducando este con la prueba del error, queda igualmente destituida la sentencia de todo efecto, ó á lo menos debe revocarse.

20 La confesion judicial equivale á la sentencia dada en juicio y pasada en autoridad de cosa juzgada segun la *ley únic. Cod. de Confes.*; y así como las sentencias, aunque hayan pasado en cosa juzgada por no haberse apelado de ellas, se revocan ó declaran nulas cuando se han dado por cartas ó testigos falsos probándose esto manifiestamente por la parte que la reclamase, *ley* 13. *tít.* 22. *Part.* 3. «E otro»si, todo juicio que fuesse dado por »falsos testigos, ó por falsas cartas, ó »por otra falsedad qualquier, ó por di»neros, ó por don con que oviese cor»rompido el Juez; maguer contra quien »fuese dado non se alzase dél, puédelo »desatar quando quier, fasta veinte »años, provando que el juicio primero »fuera dado por aquellas pruevas, ó »razones falsas:» *ley* 1. *y* 2. *tít.* 26. *Part.* 3.: *ley* 33. *tít.* 14. *Part.* 5.: *leg.* 33. *de Re judicat: leg.* 1. 2. 3. *et* 4. *Cod. Si ex fals. instrum. vel testib. judicat. sit;* de la misma manera no podrá sostenerse la sentencia que se dió sobre una confesion del interesado, cuando se descubriese y probase el error con que la ejecutó.

21 El que no responde á la demanda en el término de los nueve dias señalados, por las leyes se considera contumaz y rebelde, y se estima y declara por confeso en la demanda que le ha sido puesta, precedida la acusacion de rebeldía conforme á la práctica y estilo de los tribunales: *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 6. lib. 11. de la Nov. Recop.): «Y si así no »respondiere, que sea avido por confie»so por su rebeldía, por esta nuestra »ley, aunque no sea dada la sentencia »contra él sobre ello:» *ley* 1. *tít.* 11. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 5. lib. 11. de la Nov. Recop.).[13].

22 Esta confesion presunta ó legal

hace veces de contestacion, y cierra la puerta á las excepciones dilatorias que podria poner el demandado si hubiera venido á producirlas dentro de los mismos nueve dias.

23 Induce tambien esta presuncion un efecto de prueba de la demanda, que permanece hasta tanto que el demandado pruebe concluyentemente su libertad y ninguna obligacion; pues como en esta parte procede por via de excepcion contra la confesion presunta, que considera la ley haber hecho no compareciendo dentro de los nueve dias, hace en esta parte las veces de actor, y ha de probar lo que propone contra la intencion de aquel que la tiene ya fundada en la presuncion ó ficcion de la ley.

24 Estos son los efectos á que debe restringirse la confesion presunta en rebeldía, quedando libre al demandado todo el progreso de la causa para alegar y probar en ella no ser deudor de lo que se le demanda, y ser de consiguiente absuelto en la sentencia difinitiva.

25 Esta doctrina la tocaron Paz, *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 39.: Cur. Philip. *part.* 1. §. 14. *n.* 9.: Ceballos *Com. cont. com. q.* 669.: Diego Perez *en la ley* 1. *tít.* 3. *lib.* 3. *del Ordenam. glos. Sea habido por confeso*, fundándola en argumentos y pruebas débiles tomadas del derecho de los romanos, debiendo hacer uso de las leyes reales que la confirman con la mayor claridad.

26 La *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 6. lib. 11. de la Nov. Recop.) trata únicamente de la contestacion, la cual dice que se ha de hacer concediendo ó negando; y procediendo en la segunda parte al caso de que el demandado no viniese ó enviase procurador á contestar la demanda, le declara por confeso, y en el efecto contestada, sin que extienda su disposicion á que el juez le pueda condenar al pago, ni apremiarle á su ejecucion; y esto solo bastaria para no extender la pena contra el que no pareció en el término señalado á lo que no explicó la ley.

27 En la 1. *tít.* 11. *del mismo libro* (Ley 1. tít. 5. lib. 11. de la Nov. Recop.) se extiende con mayor claridad todo lo correspondiente á este punto, pues en su principio supone que los rebeldes que no quieren venir ante el juzgador á los emplazamientos que les son puestos, no deben ser de mejor condicion que los que vinieren á parecer ante ellos; siendo de observar que solo niega á estos rebeldes la mejoría, pero no les impone ni declara que sean de peor condicion, considerándolos de consiguiente iguales en que unos y otros contestan la demanda, y que no está en su arbitrio embarazar al actor el curso de la causa para llegar á obtener por difinitiva lo que pretende en su demanda.

28 Así se previene y dispone en el progreso de la misma ley; pues manda que el juzgador vaya por el pleito adelante á recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiere para probar su intencion, así como si el pleito fuese contestado, y dar sentencia difinitiva en él sin otro emplazamiento.

29 Si el juzgador debe ir por el pleito adelante, manifiesta claramente que no tiene lo suficiente en la confesion del que por rebeldía no ha venido á contestar la demanda para condenarle en lo que el actor pide; y si el fin de ir por el pleito adelante es para recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiere para probar su intencion, parece que no la tenia bien fundada en la confesion presunta del demandado, y que necesitaba ayudarse con prueba de testigos y otras, las cuales solamente serian necesarias para el caso en que viniese el demandado á purgar su morosidad y rebeldía, y á desvanecer la presuncion, que contra él resultaba, con pruebas sólidas y convincentes de testigos é instrumentos.

30 El término que se concede en los pleitos es comun á todos los litigantes, y concediéndose en la citada ley al demandador para el fin indicado podrá aprovecharse del mismo el demandado.

31 Pone la ley en *escogencia* del actor admitir el medio indicado de ir

por el pleito adelante para probar su intencion con testigos ú otras pruebas, ó pedir que se haga asentamiento, cuya ejecucion describe con diferencia en la accion real y en la personal.

32 Este asentamiento es un decreto ó sentencia interlocutoria: *ley* 2. *tít.* 8. *Part.* 3. *ibi:* «É tal mandamiento como este llaman en latin sentencia interlocutoria, que quier tanto decir, como juicio que es dado sobre pleyto, que non es librado por juicio acabadamente:» Por él pone el juez al actor en tenencia de los bienes raices que pretende por la accion real, sirviendo como de apremio al demandado para que purgue su rebeldía, y venga á responder á la demanda, á cuyo fin se le conceden dos meses contados desde el dia en que es hecho el asentamiento; y si pasado este plazo continuase en su rebeldía, adquiere el actor sobre la tenencia de los bienes raices en que fué puesto su efectiva posesion con todos los frutos y rentas que desde entonces produjesen, que es otro modo de agravar el apremio y mejorar al actor, no solo en que gane los frutos sino tambien en que por efecto de aquella posesion impone al demandado el cargo de actor, y el de probar el dominio de aquellos bienes, pues solo puede ser oido en el juicio de propiedad: *ley* 1. *tít.* 11. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 5. lib. 11. de la Nov. Recop.)

33 Y es de observar que cuando trata de esta audiencia del juicio de propiedad al que únicamente es admitido el demandado pasados los dos meses del plazo, se explica la citada ley en estos términos: «Y si no viniere á purgar la rebeldía á los dichos plazos, que dende en adelante el que así fuere asentado, que sea verdadero poseedor, y no sea tenudo de responder al demandado sobre la cosa que así tiene, salvo sobre la propiedad,» demostrándose por este literal contesto que al que antes era actor, se le considera en el juicio de propiedad como demandado, pues cuando dice la ley: «Que no sea tenudo de responder al demandado sobre la cosa que así tiene, porque es verdadero poseedor de ella,» continúa con la excepcion ó limitacion, *salvo sobre la propiedad*; y como la excepcion ha de salir de la regla, convence que en la propiedad debe responder.

34 Con mas claridad se explica en este artículo la *ley* 6. *tít.* 8. *Part.* 3.; pues suponiendo igual asentamiento en los bienes raices del demandado por no haber venido á responder en el término del emplazamiento, y suponiendo tambien que para purgar su morosidad se le concedia un año en que se nota la restriccion, que hace la ley recopilada á solo dos meses, continúa diciendo: «Porque del año adelante finca el demandador por verdadero tenedor de la cosa en que fué asentado (*toma aquí la voz tenedor por poseedor*), é por ende gana los frutos, é las rentas que dellas salieren. Pero finca salvo al demandado todo su derecho para poder demandar él señorío de aquella cosa, si quisiere, maguer sea pasado el año.»

35 Al mismo intento de probar que la rebeldía presunta de los que no vienen á responder en el término del emplazamiento, aunque induzca confesion y contestacion de la demanda, no extiende sus efectos á que por ella se acabe el juicio, como se hace en la confesion llana y verdadera, concurren las disposiciones de las citadas leyes acerca de las acciones personales.

36 Las posiciones que hacen las partes que litigan desde la contestacion hasta la conclusion de la causa, cuando van acompañadas de todas las partes esenciales, como el ser pertenecientes á la decision de la causa, claras, positivas y otras, que explican los autores que trataron largamente de ellas, como Diego Perez á la *ley* 1. *tít.* 3. *lib.* 3. *del Ordenam.*, Ceballos *Com. cont. com. q.* 669., Michal. *de Positionib.*, y Scatia, *de Judiciis*, *lib.* 2. *cap.* 7. *per tot.*, obligan mútuamente, sea actor ó reo el que las ponga, á responder á ellas por palabras de niego ó confieso simplemente y con la mayor claridad; y las confesiones que en esta forma se hicieren sobre las posiciones de las partes, tienen el mismo efecto que las que hacen en contestacion á las demandas; y en unas y otras cor-

nen las mismas disposiciones que van notadas: *ley* 1. 2. *y* 3. *tít.* 7. *lib.* 4. *Recop.* (Leyes 1. 2. y 3. tít. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.)

37 Cuando no responden á las posiciones, ó no lo hacen con la claridad y seguridad que previenen las leyes, se declaran por confesos á consecuencia de su rebeldía; y en esta parte convienen tambien con los efectos de la confesion presunta, que induce la contumacia en los que no contestan la demanda: *ley* 1. *tít.* 7. *lib.* 4. *Recop. ibi* (L. 1. tít. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.): «Que »en todas aquellas cosas que en las po»siciones, y artículos se contienen so»bre que no respondió, y le fué man»dado, que sea avido por confieso, y »así lo pronuncie luego el Juez por »sentencia.» Lo mismo dize la *ley* 2. *del propio tít. y lib. ibi* (Ley 2. tít. 9. lib. 11. de la Novis. Recop.): «So pena de »quedar, é fincar confieso, en el artí»culo, ó posicion del actor, ó del reo, »que no quisiere responder negando, »ó confesando, como dicho es.»

38 Estas confesiones presuntas no producen suficiente prueba para determinar por ellas la causa principal, y es necesario recibir otras de testigos, ó instrumentos en el término competente, en el cual puede hacer las suyas la parte que no ha respondido á las posiciones, y está declarado confeso por su rebeldía, y esto sirve de confirmacion á lo que se ha dicho en cuanto á las confesiones presuntas relativas á la contestacion de la demanda, que es el asunto principal de esta exposicion.

39 La citada *ley* 1. *tít.* 7. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 1. tít. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.) hace demostrable esta verdad; pues comprendiendo los dos casos de que la parte responda á las posiciones por palabras de niego, ó confieso, ó cuando no responde, ó no lo hace con la positiva seguridad indicada, resuelve en el primero: que «si de la res»puesta de las posiciones hallare el »Juez que puede dar sentencia difiniti»va, concluso el pleyto, la dé la que »por fuero, ó derecho deve; y sino re»ciba las partes á prueba de lo por »ellas dicho, é alegado.»

40 La compensacion que propone el demandado en su escrito de contestacion, merece particular y separado exámen, que será el asunto del capítulo próximo.

## CAPÍTULO V.

### *De la compensacion.*

1 La *ley* 20. *tít.* 14. *Part.* 5. hablando de la compensacion dice: «Com»pensacion es otra manera de paga»miento, porque se desata la obliga»cion de la debda que un ome deve á »otro.» La *ley* 4. *Cod. de Compens.* dice: *Ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur*: *Glos. ibid. n.* 12.: *leg.* 7. *Cod. de Solutionib.*: *leg.* 4. *in fin. ff. Qui potior. in pignor. habeantur*; ibi: *Dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset; nec enim interesse, solverit, an pensaverit*: Greg. Lop. *in leg.* 20. *tít.* 14. *Part.* 5. *glos.* 1.: Ant. Fab. *de Conjectur. lib.* 12. *cap.* 9.: Hermos. *in leg.* 49. *tít.* 5. *part.* 5. *glos.* 7. *n.* 9. *vers. Sed aliud*: Vinnius, *in Institut.* §. 30. *de Actionib.*: Olea, *de Ces. Jur. tít.* 6. *q.* 11. *n.* 22.: Covarr. *in cap. Quamvis de Pact. in Sex. part.* 1. §. 4. *n.* 15. *ad fin.*: Salg. *Labyrint. part.* 2. *cap.* 28. De aquí es que la compensacion equivale en todos sus efectos á la paga real, y de consiguiente extingue la accion del acreedor desde el mismo punto en que el deudor adquiere otra contra aquel en el todo ó á prorata; y esto es lo que se llama *conquasarla ipso jure* sin esperar á que se proponga como excepcion ó defensa, pues esta diligencia exterior mas sirve de instruir al juez de los respectivos créditos que inducen la compensacion, y de explicar la intencion de compensarlos, que siempre se presume la hay por ser mas útil, que para producirla como accion ó reconvencion sin que trascienda el influjo de la propuesta compensacion desde entonces á estinguir la accion del acreedor contrario, que ya viene *conquasada* desde la respectiva union de los créditos.

2 De estos principios nacen tambien otras seguras consecuencias: la

primera que si uno de los créditos tiene por su naturaleza ó convencion interes ó usuras, cesan éstas en el equivalente del crédito simple que adquirió posteriormente el que antes era deudor: porque no subsistiendo el capital, ha de correr igual suerte lo accesorio de los intereses ó usuras, como si desde el punto que el deudor se hizo acreedor contra su anterior acreedor se hubiese verificado la paga real y efectiva: la segunda que si por error ó ignorancia se omitiese proponer la compensacion, y el deudor pagase á su acreedor, se reserva y compete al que hizo la paga la condicion *indebiti per errorem soluti*, suponiendo extinguida la deuda por efecto de la compensacion, y sin embargo de no haberla propuesto: la tercera que se admite y tiene lugar en los juicios ejecutivos en la misma forma, y dentro de los términos señalados para probar y liquidar la excepcion de verdadera paga de que hablan las *leyes* 1. 2. *y* 3. *tit.* 21. *lib.* 4 *de la Recop.* (Leyes 1. 2. y 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.), porque todos la consideran con uniformidad: la quarta que corre y tiene lugar la compensacion, no solo con el principal deudor y acreedor, sino contra su cesionario, ya intente la accion que se le ha cedido á su nombre en calidad de útil, ó en el del cedente en quien estaba radicada la accion directa; pues extinguida esta desde aquel momento en que su deudor se hizo acreedor contra el que lo era antes, ni se puede promover á su nombre la accion directa, que es la principal, ni pudo pasar al cesionario la útil, porque cederia lo que no existia, ni le pertenecia: la quinta que el fiador del deudor, si fuese reconvenido por el acreedor de su principal, se defiende con la compensacion que éste pudo proponer excluyéndolo con la excepcion mas robusta *sine actione agis*: porque extinguida *ipso jure* por el crédito que adquirió el deudor contra el que era su acreedor caducó inmediatamente la obligacion del fiador, y puede con verdad asegurar que sin ella no hay accion, ni debe ser molestado al pago, que anticipadamente habia hecho su principal por efecto de la compensacion legal aun antes de indicarla ó proponerla: la sexta que la compensacion tiene lugar con los créditos del fisco, cuando nacen de una misma causa ó administracion: la séptima que corre y tiene lugar la compensacion en todas las acciones, ya sean reales, personales ó mistas, así en los contratos ó juicios que se llaman de buena fe como en los que son *stricti juris*; pues estan igualados por las leyes del reino, y por el novísimo derecho de los emperadores; quienes suprimieron aquella diferencia introducida por las leyes antiguas de los romanos, que consistia en que en los juicios de buena fe bastaba alegar ó indicar la compensacion en cualquier estado del proceso, así en primera instancia como en las posteriores, y aun despues de la sentencia y cosa juzgada, haciéndose al tiempo de la ejecucion; pero en los contratos y juicios *stricti juris* debia proponerse la compensacion con la fórmula de excepcion en el principio del pleito, contestándose en el mismo.

3 Las reglas y consecuencias generales que van apuntadas reciben algunas restricciones en la materia y en las causas.

4 La materia ha de ser una misma la que se deba respectivamente, y ha de consistir en lo que se cuenta, se pesa ó se mide concurriendo siempre estas dos calidades y condiciones unidas para que tenga lugar la compensacion; esto es, si el que pide es acreedor de cantidad, aunque el reo demandado tenga accion contra el actor para exigir de él alguna especie de trigo, vino ó aceite, no podrá exonerarse del pago del dinero que se le pide, aunque proponga por compensacion el importe ó equivalente del vino, trigo y aceite: porque así como no podia pagar con estas especies lo que debia en dinero, ni obligar al acreedor á que lo recibiese por resistir las leyes que se pague una cosa por otra contra la voluntad del acreedor, el mismo efecto de repugnancia se halla en la paga que se induce por la compensacion.

5 Si las especies que mutuamente se deben entre sí el acreedor y deudor

son de una misma calidad y graduacion, como vino por vino, trigo por trigo, &c. tendrá lugar la compensacion, concurriendo, como se ha dicho, la identidad en la clase y bondad; pero no sucederia así, aunque la especie fuese una misma, si la diferencia del precio y estimacion fuese notable, salvo que se probase incontinenti, ó á lo mas largo dentro de diez dias, el verdadero y justo precio del vino que respectivamente se debia, y así de cualquiera otra especie; pues entonces se compensaria á proporcion del interes y valor.

6 Aunque el acreedor lo sea en cantidad de dinero, si el reo que la debe tiene accion contra su acreedor á cierta especie, que por haberse extinguido ó perdido á daño y responsabilidad del mismo acreedor, haya de ser condenado en la sentencia al pago del interes ó estimacion, tendrá lugar en este caso la compensacion: porque la obligacion que en su origen era de especie, se convirtió en otra de cantidad, que es la que se atiende para la compensacion en el pago.

7 En las causas de deber hay tambien restriccion, como sucede en los depósitos; pues cuando se piden, no puede embarazarse su entrega y restitucion por efecto de compensacion, aunque sea en una misma cantidad ó especie, y aunque proceda una y otra de igual causa depositaria; porque siempre debe ser reintegrado en primer lugar el que se anticipó á pedir su depósito quedando reservada al otro la accion para repetir el suyo: *ley* 5. *tít.* 3. *Part.* 5.: *ley* 27. *tít.* 14. *Part.* 5.: §. 30. *Institut. Just. tít. de Actionib. leg.* 11. *Cod. de Deposit.*: *leg.* 14. *Cod. de Compensat.*: *cap.* 2. *extra de Deposit.*: Gonzal. *in dict. cap.* 2. *n.* 12. *et* 13.: Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 6. *n.* 72.: Hermosil. *glos.* 5. *dict. leg.* 5. *tít.* 3. *Part.* 5. *n.* 1.: Castill. *lib.* 9. *cap.* 16. *n.* 12.: Vinnius, *dict.* §. 30. *de Actionib. vers. último.*

8 Todas las leyes y autoridades citadas en el número próximo convienen en la excepcion indicada, y en la razon en que se fundan atribuyendo á iniquidad y perfidia el intento de embarazar la restitucion del depósito habiéndola ofrecido de buena fe, que es lo mismo que si dijesen con mayor claridad, como yo lo entiendo, que la materia de que se trata no es de las que admiten compensacion: porque el depositario se obligó únicamente al mero ministerio de guardar la cosa depositada y á volverla cuando la pidiese el dueño de ella, cuyo dominio y posesion conserva enteramente; y el cumplimiento específico de esta obligacion del depositario no puede suplirse con el pago de la misma cosa depositada, ni por la compensacion de otra equivalente pues seria volver ó pagar una cosa por otra.

9 Aunque el rey, concejos y comunidades estan en la regla de admitir las compensaciones que les proponen sus acreedores, reciben tantas excepciones que en pocos casos tiene lugar la compensacion, como se observa en las leyes y autores que tratan de ello: *leg.* 12. *et* 46. §. 4. *et* 5. *ff. de Jur. Fisci: leg.* 4. *et* 7. *Cod. de Compensat.*: *ley* 26. *tít.* 14. *Part.* 5.: Castill. *Controv. lib.* 4. *cap.* 40. *n.* 69., en donde refiere los que trataron mas de intento la materia.

10 Tambien admite diferentes restricciones la regla ya insinuada de que la compensacion, que puede oponerse al principal acreedor, procede igualmente respecto de su cesionario, y habiendo tratado largamente de todas ellas los autores de mejor opinion, seria inútil repertirlas en estas *Instituciones*: Olea, *de Cess. jur. tít.* 6. *q.* 11. *à num.* 22.

11 Resta por último examinar en qué tiempo y estado de los autos deba proponerse la compensacion. Esta duda se resuelve con uniformidad por los autores de mejor nota, asegurando que no solo puede producirse ante el juez de la primera instancia en todo el progreso de los autos, sino tambien en el tribunal adonde hayan ido por apelacion, aun despues de dadas las sentencias que causan ejecutorias; y se fundan en que la compensacion, aunque se llama impropiamente algunas veces excepcion, y por este concepto, ya fuese *dilatoria* ó *perentoria*, debiese

usarse de ella en la primera instancia, y en los términos que prescriben las leyes, señaladamente la 1. *tít.* 5. *lib.* 4. *Recop.*, no es á la verdad excepcion, sino pura defensa con efectos de paga; y así como esta tiene lugar en cualquier instancia y tiempo, aun cuando se trata del cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas, procede por la misma regla la compensacion, porque una y otra extinguen la accion del acreedor, lo cual no sucede en las verdaderas y legítimas excepciones, que dejan permanente la accion, y solo detienen sus efectos compulsivos, y ejecutivos: Vinnius, §. 30. *Instit. Justin. de Actionib. n.* 2.: Salg. *de Retention. part.* 2. *cap.* 9. *n.* 6. *et* 7.: Scacia, *de Sentent. et re judic. glos.* 7. *q.* 4. *inspect.* 3. *n.* 137.: Surd. *Decis.* 191. *n.* 4. *et* 7.

## CAPÍTULO VI.

*De la reconvencion y mutua peticion.*

1 Es la reconvencion una nueva demanda diversa en todas sus partes de la anterior introducida por el actor, porque la accion de éste y la que en su contestacion propone ahora el reo son notoriamente diversas; y aunque las personas parecen unas mismas, son distintas en sus representaciones, porque el reo de la primera es actor en la segunda y al contrario, produciendo las enunciadas representaciones diversidad legal en los juicios: *ley* 32. *tít.* 2. *Part.* 3. *vers. La trecena: ley* 57. *tít.* 6. *Part.* 1.: *ley* 4. *tít.* 10. *Part.* 3.: *cap.* 2. *de Ordin. cognition. Cum ea in modum actionis proposita, intelligantur mutuæ petitiones sese tanquam diversæ minime contingentes: Clement. sæpè,* §. *Verum de verb. significat: leg.* 14. *cum Authent. Et consequenter Cod. de Sentent. et interlocut.*: *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 4. *Recop.*: Salgad. *Labyrint. part.* 1. *cap.* 16. *n.* 13. *et de Supplicat. part.* 2. *cap.* 15. *per tot.*

2 El poseedor de un mayorazgo, si redime los censos á que estan afectos sus bienes, no confunde sus acciones, aunque se reunan en una misma persona, antes bien las conserva para sus herederos en calidad de libres: porque la representacion con que obra en la redencion del censo es diversa de la que tiene como poseedor del mayorazgo: Salg. *Labyrint. part.* 2. *cap.* 7. *per tot. præcipùe n.* 26. *et* 27.: idem *de Retention. part.* 1 *cap.* 11. *à n.* 11.: Olea *de Cess. jur. tít.* 4. *q.* 1. *n.* 35. *vers. Id autem.*

3 Lo mismo sucede en el heredero que admite la herencia con beneficio de inventario; pues aunque se translada en su persona las obligaciones de la herencia, limitándose únicamente su cumplimiento al valor de ella, conserva las acciones que anteriormente le competian por otras causas subsistiendo la diversidad legal de su persona, como si realmente fuesen dos: *ley* 8. *tít.* 6. *Part.* 6. «É si aquel, que »es establecido por heredero, oviese al»guna demanda, ó le deviese alguna »cosa aquel que le estableció por su »heredero, en salvo le finca la deman»da, ó aquello quel devia el testador, »si el inventario ficiere así como sobre»dicho es:» Vinnius, *Instit. tít. de Hæred. qualit.* §. 5.

4 En el tutor que gobierna la persona y bienes del pupilo se reunen dos conceptos, que mantienen la diversidad de su persona para todos los efectos legales.

5 Por todos estos principios debia establecerse como segura consecuencia que el actor de la segunda demanda, en que se influye la reconvencion ó mutua peticion, siguiese la regla general de introducirla ante el juez del domicilio del reo, ó de aquel que por otro cualquiera respecto tenga jurisdiccion para conocer de sus causas, determinarlas y llevar á ejecucion sus sentencias: Carlev. *de Judiciis, tít.* 1. *disput.* 2. *q.* 1. *cum pluribus ibi relatis*: *ley* 32. *tít.* 2. *Part.* 3.: *ley* 4. *tít.* 3. *de la mism. Part.*: *ley* 8. *tít.* 3. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 14. tít. 4. lib. 11. de la Nov. Recop.): *cap.* 5. *et* 8. *ext. de Foro competent.*: Gonzalez, *in dictis capít.*

6 Esto no obstante estan declaradas con uniformidad todas las leyes y cánones á favor del juez, que empezó á conocer como ordinario y competente de la accion y demanda introducida contra el reo, que estaba sujeto á

aquel juzgado por razon de domicilio ó por otra de las causas legales para que él mismo pueda ejercitar su jurisdiccion, y extenderla á conocer y determinar las causas del mismo actor que propusiese el reo por via de reconvencion y mutua peticion, aunque sea de diverso fuero y jurisdiccion.

7 Esta prerogativa ó privilegio con que se halla limitada la regla de que el actor haya de seguir el fuero del reo, y proponer ante su juez las acciones que haya de introducir no solo es relativa á los jueces ordinarios, sino tambien á los delegados; pues sin embargo de que de que éstos tengan una jurisdiccion mas estrecha, porque sale limitada de la boca del delegante en calidad de mandato, cuyos fines no es licito exceder, y sea por otra parte privilegiada y exorbitante del derecho comun en la comision que se da para conocer y determinar ciertas causas, y que todas estas circunstancias obligan á reducir su cumplimiento á los términos que explica la comision ó mandato sobre las causas y personas que contiene el rescripto, *cap. 2. de Mutuis petitionib. Ut sibi juxta mandatoris rescriptum: cap. 5. de Rescript. Aut mandatum nostrum reverenter adimpleas: cap. 22. Cum enim in litteris nostris eisdem principaliter mandaretur: et* ibi: *Ipsi formam mandati Apostolici transponentes: cap. 6. de Præbend. et dignitatib.: cap. 40. de Officio judic. deleg. Cum hujusmodi delegata jurisdictio ad alias personas nequeat prorogari:* Gonzalez, *in dict. cap. 40. n. 5. et in cap. 36. n. 4. et 6. dict. tit.:* Vinnius, *Instit.* §. 8. *de Mandato;* ceden sin embargo todas estas consideraciones á la mas preeminente de que el mismo juez conozca de las causas y acciones que introduzca el reo contra el actor por reconvencion y mutua peticion: *cap. 1. et 2. de Mutuis petitionib.:* Gonzalez, *ibid. cum pluribus relatis:* Salgado, *de Reg. part. 3. cap. 4. à n. 14.: ley 20. tít. 4. Part. 3. ibi:* «E aun dezimos, que despues que el demandado haya respuesto á la demanda de su contendor delante del Juez delegado, si él quisiese facer otra demanda al demandador delante ese mismo Juez, que lo pueda facer, como en manera de reconvencion. E ha poderio el delegado, de oir tal pleyto, é librarlo, maguer non le fuese encomendado señaladamente: ca guisada cosa es, que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante ese Juez, que antel lo faga el demandado.»

8 Aun hay otra mas extensiva y preeminente facultad que se atribuye por efecto de la reconvencion ó mutua peticion á los mismos jueces seculares, que conocen de las causas que intentan los clérigos contra legos; pues reconvenidos ante el mismo juez real, y en el propio juicio, deben contestarlo en aquel fuero, y estar á la sentencia que diere el juez real, sin que puedan alegar excepcion de competencia, ni reclamar el fuero que siendo reos les conceden las leyes y los cánones en todas sus causas: *ley 57. tít. 6. Part. 1. ibi:* «Mas si el Clérigo demandare alguna cosa al lego temporal, tal demanda como esta deve ser fecha ante el Judgador seglar, é si ante quel pleyto se acabase, el lego á quien demanda, quisiere facer otra demanda al Clérigo su demandador, allí deve responder por aquel mismo juicio, é non se puede escusar, por la franqueza que han los Clérigos por razon de la Iglesia.»

9 Á vista de estas particularísimas prerogativas que se han dispensado á las reconvenciones y mutuas peticiones limitando y derogando en este punto las leyes y cánones, que con tanta razon protegen al reo para que pueda defenderse dentro de su domicilio y fuero en las acciones que se intentan contra él, es preciso considerar que habrán tenido los legisladores fundamentos poderosísimos para deferir con tanta indulgencia á la relajacion del derecho comun.

10 En la citada *ley 57. tít. 6. Part.* 1. no se expresa razon alguna que excitase á sujetar el clérigo al fuero del juez lego, derogando el suyo en lo general, y en la particular inmunidad que gozan los eclesiásticos.

11 En la 32. *tít. 2. part.* 3. se establece la regla de que el demandador

debe poner su demanda ante aquel juez que ha poder de juzgar al demandado; que es decir, que ha de buscar y seguir el fuero del reo; y procediendo á las limitaciones de esta regla señala la trece para el caso de la reconvencion ó mutua peticion en estos términos: «La trecena es, si el demandado »quiere mover algun pleyto, contra »aquel que face la demanda. Ca luego »quel aya fecho respuesta á ella, tenudo es el otro de responderle á la suya; »é non se puede escusar que lo non »faga; maguer diga que non es del »judgado del Juez, ante quien le fa»cen la demanda:» y continúa dando la razon fundamental de esta singular disposicion: *ibi:* «É esto tovieron los »sabios por razon, porque bien así co»mo al demandador plugo, de alcanzar »derecho ánte aquel Judgador, que así »le sea tenudo, de responder antel.»

12 El grande Papiniano, que es el primero de los sabios á quien puede referirse la citada ley de Partida, formó su opinion, que pasó á ser ley por la autoridad y ampliacion que la dieron los emperadores convencidos de la propia razon y fundamento, que explican en la *ley* 14. *Cod. de Sentent. et interlocutionib. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur: Authent. Et consequenter eod. tít.* ibi: *Et consequenter ego ab aliquo conventus, si vicissim ipsum pulsare velim, statim quidem hoc non licet, ni apud eundem judicem. Qui si displiceat, intra viginti dies recusari potest, aliumque mereri apud quem rursus utrumque negotium ventiletur; alioquin lite contra me mota, prius ventilata, et terminata, tum demum et ego admittar: Novel.* 96. *cap.* 2. §. 1. *Et eundem esse judicem in utroque negotio: Novel.* 123. *cap.* 25. *Si vero et in quibusdam causis, vel actionibus semetipsos obligatos fecerint in tempore, in quo responsa faciunt, pro iis conventiones suscipiant: Canon.* 1. *cau.* 3. *q.* 8. §. 1. ibi: *Cujus in agendo quis observat arbitrium, eum habere etiam contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.*

13 En la letra de las autoridades referidas se presenta la disposicion primitiva, que introdujo la restriccion de la regla ya insinuada de que el actor hubiese de seguir siempre el fuero del reo en sus demandas; y se presentan tambien las ampliaciones que sucesivamente dieron los emperadores, y siguieron los cánones, á la enunciada limitacion en cuanto á las causas y acciones tiempo y circunstancias en que debian proponerse por via de reconvencion ó mutua peticion ante el mismo juez, que conocia de la primera demanda ó causa sin permitir al reo usase de su accion contra el actor en otro juicio hasta que se acabase el primero intentado contra él.

14 En la razon principal que justifica con equidad el privilegio de la mutua peticion, no se detuvieron algunos de los muchos autores que han tratado en ella: otros lo entendieron con diverso sentido deduciendo opuestas consecuencias que hicieron oscura y confusa la decision de este asunto; y para darle la claridad posible, que no seria fácil recibiese haciendo mérito de todas las opiniones, se resumirán las mas autorizadas.

15 Pedro Barbosa en la *ley* 29. *ff. de Judiciis* supone que la razon de Papiniano fué entendida y explicada generalmente en los términos siguientes: *Ut cum actor elegerit judicem rei, coram quo illum conveniat, eundem debet agnoscere judicem contra se, si coram eodem reconveniatur;* y estimó de tanto peso esta libertad en la eleccion del juez que sin ella no admite la reconvencion, como sucede en el dictámen de este autor cuando se expide el rescripto á los jueces delegados *motu propio* ó por uniforme consentimiento de las partes, y en otros casos que refiere á los *nn.* 11. 41. 48. *y* 49.

16 Pareciéndole que estos principios de libertad y eleccion no podian conciliarse con la necesidad que imponen al actor las leyes y los cánones de seguir el fuero del reo en sus demandas, figuró este punto de libertad y eleccion al tiempo de los contratos y obligaciones queriendo que el acreedor se precaviese con el pacto de que el deudor se hubiese de someter al fuero

y jurisdiccion de aquel, por cuyo medio salia de la necesidad de buscar al reo en su fuero, y quedaba seguro de que quando éste le quisiese reconvenir, lo hubiese de hacer en el del actor: *ibi n.* 17. *Sed nihilominus salvando communem expositionem, considerandum est, quod ideo actor dicitur eligere judicem rei, quia tempore contractus potuit facere, quod reus renuntiaret proprio foro; quod cum non fecerit, videtur voluisse id quod jus in eo casu disponit: et sic in hoc sensu dicetur elegisse judicem rei, coram quo eum conveniat.*

17 El señor Gonzalez en la exposicion del *cap.* 1. *de Mutuis petit.* adopta el mismo pensamiento de Barbosa, y atribuye la libertad de la eleccion al contrato, en cuya celebracion fué libre el actor, y lo debe ser en sus consecuencias.

18 Sin embargo de que estas opiniones tan autorizadas preocuparon á otros muchos que las siguieron sin discernimiento, me parece que la razon de equidad en que se fundó la sentencia de Papiniano, que admitieron despues los emperadores, consiste en la aprobacion que hace el actor del juez del reo, ante quien pone su demanda, considerándole en este acto por justo, íntegro y de todas las prendas recomendables que aseguran la administracion de justicia; pues seria cosa indigna y muy reprobada en el derecho que refutase al mismo juez en la reconvencion del reo, á no ser por alguna causa supervenienté á su aprobacion en el tiempo de la demanda.

19 La regla de que el actor debe buscar el fuero del reo para demandarle es cierta; pero no está ligado á proponer su accion ante el juez ordinario que le sea sospechoso, lo cual seria cosa durísima: *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*, *ibi*: «E porque es mucho peligrosa cosa de aver ome su pleyto delante del Judgador sospechoso:» *cap.* 5. *ext. de Exceptionib.* ibi: *Cum periculosum sit coram suspecto judice litigare.* Para ocurrir pues á este grave inconveniente, franquean las leyes dos remedios: el uno pedir al rey ó al Consejo, como se hace frecuentemente, que se nombre un juez imparcial en el fuero del mismo reo, ante quien pueda usar de su accion, mediante no poderlo hacer ante su ordinario por las causas de sospecha, que debe expresar y justificar á lo menos con su juramento, y que parezcan probables al tribunal superior que ha de expedir la comision y nombramiento de nuevo juez.

20 El segundo remedio que compete al actor antes de introducir su demanda siendo el juez ordinario del reo sospechoso, y no habiendo otro competente en aquel territorio es el de introducirla en el Consejo ó chancillerías por caso de corte, atendidas las circunstancias que indica la *ley* 21. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 13. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.), y en otros casos que estiman los tribunales superiores especialmente el Consejo deber radicarse en ellos las causas civiles en primera instancia para que la justicia sea expedita, y se administre con integridad y sin respetos humanos: *ley* 21. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop. ibi* (Ley 2. tit. 6. lib. 4. de la Nov. Recop.): «Y »los otros, que por algunos respetos »nos pareciere, que se devan retener »en el nuestro Consejo» *ley* 22. *siguiente ibi* (Ley 1. del mismo tit. y lib.): «Mandamos que los de nuestro Conse»jo tengan poder, y jurisdiccion, cada »que entendieren que cumple á nues»tro servicio, y al bien de las partes, »para conoscer de los tales negocios, y »los ver, y librar, y determinar sim»plemente y de plano, y sin estrépito, »y figura de juicio, solamente sabida »la verdad.» Y no usando el actor de estos medios legales explica su libertad y eleccion á favor de la justificacion, integridad y buenas prendas del juez del reo, ante quien pone su demanda, y dicta de consiguiente la equidad y la razon que reciba su arbitrio y determinacion en los negocios propios, si fuese demandado por el reo.

21 En la citada disposicion de Papiniano, que es la primitiva á que se refieren las otras, no hay palabra que explique, ni aun indique por causa de su disposicion la eleccion del actor acerca del juez, porque las dos que in-

cluye ibi: *Observat arbitrium*, son adaptables con mayor propiedad á que quiere estar y pasar por la sentencia, que diese mediante el reconocimiento que hace de la integridad y justificacion de aquel juez, ante quien puso su demanda; pues aunque estaba necesitado de buscarle en el fuero del reo, podia hacerlo ante aquel que no le fuese sospechoso; verificándose de consiguiente que no se ha de buscar la voluntad ó eleccion del actor en los contratos ó cuasi contratos celebrados con el reo, como quieren unos, ni en que buscase aquel el juez del reo, sino en que le hallase sin sospecha en la administracion de justicia.

22 En la *Novela* 69. *tít.* 24. se halla demostrada con muy sólido fundamento esta sentencia. Entra suponiendo ser notorio que así como el actor era libre en poner su demanda contra el reo ante el juez de su fuero competia igualmente á éste el uso de sus acciones contra el mismo actor que por diversa causa venia á ser reo, debiendo seguir su fuero en esta nueva demanda. De aquí resultaban gravísimos inconvenientes que turbaban la tranquilidad pública, y ofendian al mismo tiempo los respectivos intereses de estas partes; pues luego que el reo se hallaba próximamente amenazado con la primera demanda de su actor, hacia uso contra este de la suya ante el juez de su fuero, que en lo general era didiverso, ó podia serlo. De consiguiente eran dos los pleitos, los gastos mayores, se aumentaban los cuidados y desvelos, y lo que era mas, se apuraban los medios á la malicia para dilatar las causas por el interes que tenian los actores en que se acabase primero la suya, viniendo á hacerse interminables.

23 La experiencia de estos sucesos llamó toda la atencion de los príncipes y de los magistrados para atajar tan graves daños, que es uno de los objetos primitivos de su institucion y oficio: *ley* 2. *y siguientes*, *tít.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 2. y 3. tít. 9. lib. 4. y 1. tít. 10. lib. 7. de la Nov. Recop.): Bobadilla, *lib.* 3. *cap.* 14. *á n.* 77.: Larrea, *decis.* 4. *n.* 8.: Gonzalez, *in cap.* 5. *de Dolo et contum. cap.* 3. *n.* 7.: *Nacthen*, *de Just. in litib. vulnerat. cap.* 1.: *et cap.* 5. *de Dolo et contum.*: *cap.* 1. *de Appellationib. in Sex.*: *Clement.* 2. *de Judiciis.* Y para esto no pudieron hallar medio mas oportuno que el establecido por las citadas leyes de que el que es reo en la primera demanda, y quiere producir la suya contra el mismo actor, lo haga ante el juez del propio fuero que empezó á conocer de la primera instancia reduciendo los dos procesos á uno, y haciéndose la defensa mas expedita al reo que tomaba las partes de actor en la nueva demanda, pues la radicaba en su propio fuero, y se conseguia la igualdad en la duracion de las dos instancias determinándose en una sola sentencia por el órden con que se habian introducido.

24 Con la observancia de estas disposiciones se asegura el beneficio público y el de las partes, demostrándose así que el haberse reunido las convenciones y mutuas peticiones no fué un favor singular dispensado al reo de la primera demanda para que pudiese introducir la suya ante el juez de su propio fuero, que conocia de aquella, sino que igual beneficio alcanzó al actor para no ser distraido ni molestado con la nueva demanda del reo ante otro juez, aunque fuese el de su propio fuero, obligándole, para atender á la defensa de esta causa, á abandonar la que primeramente habia él introducido.

25 En esta restriccion no se ofende la libertad del que es reo en la primera causa, pues pudo muy bien usar de ella antes de ser demandado, y entonces lo haria en el fuero del reo, obligándole á que usase de la suya allí mismo, pues las leyes favorecen á los diligentes.

26 Puede tambien esperar á que se concluya y determine la primera demanda, y usar despues de la plena libertad de proponer la suya ante el juez del fuero del reo que habia sido actor en aquella instancia; de suerte que solo en el caso de querer producirla estando pendiente la primera causa y en sus principios, tiene ceñida su libertad á que lo haya de hacer en el tribunal del juez que empezó á conocer de la primera demanda.

27 Si el reo que fué primeramente demandado en su fuero tuviese al juez por sospechoso, se le auxilia por el medio de la recusacion, y el de que pida otro juez libre de recelos para las dos partes; el cual se le dará dentro de aquel propio fuero ante quien podrá introducir su demanda, y se unirá á ella la que antes estaba propuesta por el actor con el fin indicado de que se proceda en las dos á un mismo tiempo, y se determinen con una sola sentencia á beneficio del público y de las partes, debiendo observar el reo el término de veinte dias, que se le señalan en el citado *cap.* 2. §. 1. *de la Novela* 96., para explicar las sospechas y los recelos que tenga del juez antes de contestar la primera demanda: porque la contestacion induce aprobacion del mismo juez, y no podria tenerle despues por sospechoso á no ser por alguna causa superveniente, que debe alegar, jurar y probar.

28 De estas disposiciones, que se han traducido en todo lo esencial, resultan dos observaciones capitales en la materia de que se va tratando: la primera que la aprobacion que hacen las partes del juez teniéndole por íntegro y sin sospecha, es la causa remota ó secundaria del privilegio concedido á la reconvencion ó mutua peticion, pues se atiende al interes de los litigantes evitándoles el riesgo y daño á que se exponen poniendo sus causas en manos de un juez sospechoso: la segunda que el beneficio público que se asegura en la extincion de los pleitos, en su reduccion ó moderacion es la causa principal y próxima, que excitó y justificó la singularidad y efectos de la reconvencion ante un propio juez, desviándose de la regla general de que el actor haya de seguir en sus demandas el fuero del reo.

29 De esta última parte que está bien autorizada en las enunciadas leyes y cánones, señaladamente en la *Novela* 96. *cap.* 2., puede nacer la ampliacion que se dió á las causas profanas de los clérigos para ser reconvenidos en los tribunales del juez lego sin embargo de la exencion que gozan: Larra, *decis. disp.* 4. *n.* 8. con muchos que refiere: *cap.* 3. *de rescript. in Sex.*; pues como la debieron á la generosa mano de los príncipes seculares, de cuya opinion nadie podrá dudar con fundamento, segun se demostrará en lugar mas oportuno, no debe entenderse ni ampliarse en daño de la causa pública, que estaba preservado por otras leyes particulares de los mismos príncipes, como sucede en las reconvenciones y mutuas peticiones.

30 He observado tambien en los muchos autores que tratan difusamente de las reconvenciones que no tocan el punto de si los actores legos que ponen sus demandas á los clérigos en su fuero, podrán ser reconvenidos en el mismo sobre causas profanas; y sin duda procederá este silencio de no hallar motivo para dudar de que así sea, guardando entera uniformidad entre clérigos y legos; pues así como aquellos sin embargo de no poder renunciar la inmunidad de su fuero, *cap.* 12. *ext. de Foro competent.*: Gonzalez, *in dict. cap. cum pluribus ibi relatis*, se sujetan al real por efecto de la reconvencion, tambien los legos, aunque les está prohibido someterse en las causas profanas al fuero eclesiástico, *ley* 10. *y* 11. *tít.* 1. *lib.* 4. *de la Recop.*, han de ceder al beneficio público en que se funda la reconvencion con todos sus efectos.

31 Del tiempo en que deben ponerse las demandas de reconvencion han tratado los autores con notable variedad: unos dicen que puede introducirse en cualquiera estado del juicio pendiente sobre la primera demanda haciéndose antes de la sentencia: otros aseguran que solo puede hacerse antes de la contestacion ó en el tiempo próximo á ella; y algunos conciliando estas dos opiniones dicen que la reconvencion introducida antes de la contestacion de la primera demanda ó en el mismo acto próximo á ella goza de los dos efectos ó privilegios de traer al actor al juez del reo, y de que sigan las dos demandas en un proceso y sentencia; pero que introduciéndose despues de la contestacion, aunque esté pendiente el juicio, pierde el principal efecto de

sustanciarse y determinarse á un mismo tiempo, y que solo tendrá el de radicarse ante el propio juez del reo que puso la reconvencion, aunque no lo sea del actor que instauró la primera demanda.

32 Estas opiniones pudieron tener en lo antiguo alguna probabilidad, aunque yo siempre estaria por la segunda, y no admitiria reconvencion en otro estado del juicio que en el de la contestacion: porque solo en este caso se verifica el beneficio público de reducir los pleitos, seguirlos y determinarlos en un mismo proceso; pero en el dia ya estan abolidas por la disposicion de la *ley* 1. *tít*. 5. *lib*. 4. *de la Recop.*, que prescribe el término de veinte dias para que el reo, si entendiere que le cumple, pueda poner y hacer su pedimento de reconvencion y mutua peticion contra el actor y no despues.

33 Esta ley ha confirmado muy claramente la proposicion anteriormente indicada de que la causa principal y próxima de admitir las reconvenciones ha sido siempre el beneficio público de seguirse y determinarse á un mismo tiempo las dos demandas; y como esto solo puede verificarse cómodamente poniendo la de reconvencion dentro de los veinte dias, no se admiten las que se introduzcan despues, y queda el reo en libertad para usar de su accion separadamente en el fuero del que es actor en la primera demanda, despues de concluida ésta, debiendo imputar á su negligencia el perjuicio de la dilacion que pueda sentir; pues estuvo en su mano prevenirlo y repararlo usando de su derecho en el término de los veinte dias, logrando á un mismo tiempo el beneficio particular de seguir su instancia dentro de su fuero sin necesidad de recurrir despues al del reo.

34 Si la primera demanda fuese sumaria por su naturaleza, ó porque se haya mandado por rescripto que se proceda en ella breve y sumariamente sin estrépito ni figura de juicio, *appellatione remota*, la reconvencion seguirá la misma suerte para que se sustancien y determinen á un mismo tiempo las dos demandas guardando toda igualdad entre las partes: *cap*. 2. *ext*. *de Mutuis petitionib*.

35 En los juicios ejecutivos se han ofrecido graves dificultades para dar entrada á la reconvencion ó mutua peticion: unos aseguran que debe admitirse y correr por los mismos términos de la ejecucion siempre que dentro de ellos pueda liquidarse y probarse, y si requiriese mas alto exámen dicen que no se ha de suspender ni perder su curso la instancia ejecutiva, reservándose continuar la reconvencion en juicio separado ante el propio juez: Aceved. á la *ley* 1. *tít*. 5. *lib*. 4. *de la Recop*. *n*. 68.: Carlev. *de Judiciis*, *tít*. 2. *disput*. 7. *n*. 9.: Gonz. *in cap*. 1. *de Mutuis petitionib*. *n*. 6.: Scac. *de Sentent*. *et re judicat*. *glos*. 7. *q*. 4. *spect*. 3. *n*. 138.: Salg. *Labyrint*. *p*. 1. *cap*. 16. *à n*. 9.

36 Aunque para fundar esta opinion recurren á diferentes medios, todos son generales y vagos, de pura comparacion y semejanza, porque no hallan ley civil ni canónica con que puedan autorizarla. Don Alonso Acevedo, que se lisonjeó en el lugar citado al fin del *n*. 72. haber discurrido como ninguno en esta materia, persuadido de que la explicaba con mejor discernimiento que otros, la funda principalmente en que la reconvencion es una de las excepciones mas legítimas recibida por derecho civil, canónico y real para impugnar y rebatir la convencion; y que estando dispuesto en la *ley* 2. *tít*. 21. *lib*. 4. *de la Recop*. (Ley 1. tít. 28. lib. 11. de la Nov. Rec.) que se admita en la via ejecutiva toda excepcion legítima que se pueda liquidar y probar dentro de los diez dias que señala la misma ley, le parece consiguiente que tenga lugar en estas circunstancias la reconvencion, conviniendo en que si no se liquidase en dicho término, continúe su curso la ejecucion, reservándose el correspondiente á la reconvencion en otro juicio ante el mismo juez.

37 Carleval en el lugar citado al *n*. 10. recomienda los fundamentos indicados por Acevedo: ibi: *Qui adducit multa*, *et bona fundamenta*, y

sobre los mismos proceden casi sin diferencia los demas que llevan esta opinion.

38 Otros autores siguen la contraria, estableciendo por regla constante que en los juicios ejecutivos no tiene lugar la reconvencion: Baldus, *in Authen. Et consequenter de Sentent. et interlocutionib. n.* 17. *et alii relati* à Carlev. *dict. tít.* 2. *disp.* 7. *n.* 9. *et* Acev. *in dict. leg.* 1. *n.* 68. Sus fundamentos podrán verse en los mismos autores citados, pues aunque yo admito por mas segura ó á lo menos por mas probable esta opinion, procedo con otras razones que me parecen mas sólidas y calificadas en las leyes y en la práctica y observancia de los tribunales.

39 En los treinta y dos años que he asistido á los de la corte defendiendo y determinando negocios no he visto ni aun oido que se haya introducido una reconvencion ó mutua peticion para detener ó elidir la via ejecutiva; y cuando el no uso de este remedio no manifestase en lo general el no hallarse recibido, á lo menos indica que es poco útil, y que hay otros medios mas seguros y expeditos por donde puedan los interesados aprovecharse de la accion ó excepcion que habian de producir en forma de reconvencion ó mutua peticion.

40 La *ley* 1. *tít.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 3. tít. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) dispone: que contra las obligaciones y contratos que tengan aparejada ejecucion, no sea admitida ni recibida «ninguna otra excepcion, »ni defension, salvo paga del deu»dor, ó promision, ó pacto de no lo »pedir, ó excepcion de falsedad, ó »excepcion de usura, ó temor, ó fuer»za, y tal que de derecho se deva res»cebir; y si otra qualquiera excepcion »se alegare, no sea rescebida, ni el que »la pusiere sea oido.»

41 La primera parte de esta ley entra con una disposicion negativa excluyendo del juicio ejecutivo todo lo que no esté señalado y comprendido en la misma ley; y no satisfecha con la primera cláusula, la repite haciéndola general á otra cualquiera excepcion que se alegare, conveniéndose por estos dos medios que solo quedaron habilitadas en calidad de excepcion ó defensa las que literalmente se expresan en la misma ley, en la cual no se hace mencion de la reconvencion ó mutua peticion; y esta omision la deja fuera de la clase de aquellas que pueden alegarse y ser recibidas.

42 Compruébase este pensamiento lo primero porque la mutua peticion es una accion formal y diversa de la que contiene la demanda ó instancia ejecutiva, en cuyo punto convienen todos los que han tratado de las reconvenciones, de suerte que ni es excepcion ni es defensa; no es excepcion, porque su fuerza es relativa á detener ó elidir la accion á que se dirige; y menos es defensa, porque ésta supone defecto de accion en su orígen, ó hallarse ya enteramente extinguida; y en esta clase está la paga ó la compensacion que es su equivalente, cuya diferencia se advirtió al fin del capítulo anterior tratando de la compensacion, y la observó y explicó con mucho conocimiento Gonzalez en el citado *cap.* 1. *de Mutuis petitionib. n.* 6. ibi: *Reconventionem esse rei conventi adversus actorem, durante conventionis judicio, vicissim sub eodem judice institutam actionem: et* ibi: *dicitur actio instituta, ut distinguatur ab exceptione, qua nihil prosequitur, sed tantum excludit, minuitque intentionem agentis. Unde exceptione opposita, nisi reus novam actionem instituat, non datur reconventio, seu mutua petitio.*

43 De lo expuesto nace por necesaria consecuencia que si el interes del reo ejecutado se propone como excepcion ó defensa no es entonces reconvencion ni mutua peticion, y se quedará en la clase de pura compensacion sujeta á las reglas que estan indicadas en el capítulo antecedente; y si el reo propone el mismo interes por via de accion, en cuyo fundamento consiste la reconvencion, es error llamarla entonces excepcion ó defensa, pues ni aun el nombre la queda de las que admite la citada *ley* 1. en los juicios ejecutivos.

44 La accion que se promueve en tales juicios ejecutivos ha de entrar líquida y probada; pues sin estas calidades no podrá el juez despachar la ejecucion, y menos reservarse su exámen y prueba para los diez dias: porque así como la ejecucion pedida por el actor, si no va calificada desde luego con la prueba y liquidacion que prescriben las leyes, no se despacha, lo mismo debe suceder en la ejecucion que pretenda el reo ejecutado por via de reconvencion ó mutua peticion, sin reservar su prueba para los diez dias, que son privativos á las excepciones y defensas, pero no á las nuevas acciones.

45 Para dar lugar á las reconvenciones ejecutivas, debe suponerse que así la accion que promueve el actor como la que propone el reo en su reconvencion estan probadas con instrumento auténtico ó con reconocimiento y confesion de las partes, ó que nacen de cosa juzgada. Tambien se debe suponer que la materia de las ejecuciones son las deudas de cantidad líquida; y concurriendo estas dos circunstancias, así en la accion del actor como en la del reo, se despacharian dos ejecuciones, si se intentase la reconvencion ó mutua peticion, con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos viciosos; á cuyo remedio se atiende mas seguramente usando el reo de su accion en forma de compensacion y defensa, que es lo que se practica y observa en todos los juicios ejecutivos; y á este fin y para no caer en la pena de la *plus* peticion, se precave el actor ejecutante con la cláusula saludable de admitir en cuenta de la cantidad que pide justas y legítimas pagas; esto es, cualquiera otra cantidad que el reo le hubiese pagado realmente ó por un equivalente medio, como lo es el de la compensacion: porque como desde el punto que la indica el reo se retrotrae al tiempo de los respectivos contratos, y se consideran desde entonces *concuasadas* las obligaciones, viene á resultar que pidiendo el actor ejecucion por toda la cantidad de la obligacion que está á su favor, pide con exceso á la que legítimamente le es debida, si se ha de descontar la que el mismo actor está debiendo al reo ejecutado por iguales contratos ú obligaciones probadas, ó que puedan justificarse en el término de los diez dias.

46 El de veinte señalados en la *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.) para que el reo pueda poner y hacer su pedimento de reconvencion y mutua peticion contra el actor no tiene cabimiento en los juicios ejecutivos; y lo mas de que podria aprovecharse el reo serian los tres dias contados desde la oposicion, que son los únicos que señala la *ley* 19. *tít.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 12. tít. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) para alegar excepcion legítima, y probarla en el de los diez dias conforme á las *leyes* 1. *y* 2. *del propio título.* (Leyes 1. y 3. tít. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) Y constando ya por lo expuesto en este capítulo que las reconvenciones no estan en la clase de excepciones á que se limitan las enunciadas leyes, como se demuestra mas abiertamente por el epígrafe del *tít.* 5. *lib.* 4. *Recop.*, que trata de las reconvenciones que ponen los reos á las demandas con cláusulas discretivas, que indican absoluta diversidad de las excepciones dilatorias y perentorias, repitiéndose igual discernimiento en la 1. del mismo título, se hace evidente que el reo ejecutado no tiene término alguno, ni aun el de los tres dias para proponer su reconvencion en los juicios ejecutivos, y menos puede entrar á probarla en los diez dias que para este fin conceden las leyes citadas.

47 Los autores que admitieron la reconvencion en los juicios ejecutivos proceden en su opinion sin aquel discernimiento que debian hacer de la naturaleza y del órden con que se procede en ellos, sin duda porque hallarian en estos pasos los graves inconvenientes que van indicados; pues cómo se despacha la ejecucion, cuando la producen los instrumentos públicos que se presentan, sin citar al reo, y se hace la ejecucion en sus bienes muebles ó raices publicándose unos y otros

por el órden y términos que señale la citada *ley* 19. 12., y despues de estas diligencias tiene lugar la citacion del reo, y empiezan á correr los tres dias para oponer las excepciones legítimas, y los diez para probarlas, no es fácil dar entrada en ellos á las reconvenciones, que son unas nuevas demandas contra el actor ejecutante á quien deberian comunicarse con tiempo competente para que alegase y probase contra ellas lo que entendiese que cumplia á su natural defensa.

48 Desconfiando los que siguen la enunciada opinion de poder sostenerla en su primera parte relativa á que en las reconvenciones tengan lugar, y procedan en las instancias ejecutivas, declinan á la segunda parte subsidiaria de que á lo menos producirá la reconvencion propuesta en los juicios ejecutivos el efecto secundario de prorogar la jurisdiccion del juez que conoce de ellos para que lo haga igualmente de la reconvencion contra el actor desviándole de su fuero, y sujetándole al del reo en donde se trate separadamente de la reconvencion en via ordinaria acabado que sea el juicio ejecutivo.

49 Esta opinion procede sobre diferentes supuestos, que forman otras tantas condiciones preliminares, que no pueden existir ni dar entrada al seguimiento de la reconvencion en los términos que se figura.

50 Suponen lo primero los que opinan de este modo que la reconvencion intentada en el juicio ejecutivo, aunque en sí sea ordinaria, debe tomar la naturaleza de ejecutiva, y seguir el curso de este juicio sujetándose á los trámites breves establecidos por las leyes: porque formando la ejecucion y la reconvencion un solo juicio, seria monstruoso que se formase de dos extremos tan distantes; y seria por otra parte perjudicial al actor ejecutante, si hubiese de perder el privilegio y actividad de su accion difiniendo el pago al término de su reconvencion ordinaria, que por sí es mas largo, y podrá ser incomparablemente mas con las apelaciones y recursos que admite.

51 Suponen dichos autores lo segundo que no ha de poder probarse con la claridad y solidez necesaria en el término de los diez dias la indicada reconvencion, y que por este defecto se ha de ir por la ejecucion adelante, y hacen el trance y remate en los bienes del deudor pagando con su producto al acreedor; y acabado en todo el juicio ejecutivo suponen tambien que hai de correr despues separadamente y por sí sola la reconvencion en los términos de la via ordinaria, conociendo de ella el juez que entendió en la ejecucion por efecto de la prorogacion de la ley.

52 Este es el plan de la opinion referida, que presenta á primera vista bastantes dificultades; pues resultando de los fundamentos indicados en la primera parte de su sentencia que el juicio ejecutivo no admite reconvencion, ni las leyes señalan término en que se pueda proponer, ni el curso que deba llevar sin embargo de haber estado tan solícitas en prevenir hasta lo mas mínimo de estos juicios, que son los mas escrupulosos y exactos, faltan todos los presupuestos y condiciones para que pueda continuar la demanda de reconvencion acabado el juicio ejecutivo, y menos podria mudar y perder la naturaleza de ejecutiva que habria recibido la reconvencion, y formar despues la ordinaria para continuarla.

53 El único fundamento con que pretenden sostener su opinion los referidos autores consiste en que entienden que concurre la razon de Papiniano para esta prorogacion; pero en esto padecen el error de que ya quedan convencidos por lo expuesto anteriormente, y se reduce á que el reconocimiento que hace el actor del juez del reo, de su integridad y justificacion sin recelos ni sospechas algunas en la administracion de justicia, es solamente una causa remota y parcial, que excita el privilegio exorbitante de sujetar al actor al fuero del reo despojándole del suyo; pues que las causas próximas y principales de este privilegio son dos que tambien estan indicadas, y consisten en que luego que el actor ponia su demanda al

reo en su fuero, éste á quien se supone corresponder accion competente contra aquel, usaba de ella en el fuero del mismo actor, quien venia á ser en esta causa reo; por cuyo medio formaban dos pleitos compitiendo las partes en los esfuerzos de hacerlos interminables, porque cada una deseaba se concluyese primero aquel en que era actor, y del cual esperaba sacar interes. Este gran daño que trascendia á lo general del estado se miró á precaver reuniendo las dos acciones en un juicio y en un juez, y dejándolas correr á igual paso para que acabase en un mismo punto con una sola sentencia; pero ni esta igualdad ni los inconvenientes referidos, que son las dos causas primitivas de prorogar la jurisdiccion del reo contra el actor, pueden tener lugar en la reconvencion producida en el juicio ejecutivo, porque los términos de su curso señalados en las leyes son brevísimos; y aunque el reo en conformidad de la regla general pusiese su nueva demanda contra el actor ejecutante en el fuero de éste, no podia dilatarlos, ni pretender embarazar su determinacion, que siempre habia de ser muy anticipada á la que esperase en la demanda ordinaria, faltando por otra parte la circunstancia deseada de que estos dos juicios ejecutivo y ordinario se acabasen con una misma sentencia, que son los dos puntos en que se apoya el privilegio de la reconvencion, sin que pueda ni deba extenderse al caso que ahora se propone de continuar la reconvencion en juicio separado acabado el ejecutivo.

54 Por última observacion en las reconvenciones que ante los jueces seglares ponen los legos contra los clérigos, cuando estos son actores, se debe advertir que la cosa que se pide por reconvencion ha de ser profana; pues aunque la ley por el beneficio público general que se ha indicado proroga para este fin la jurisdiccion del juez seglar para conocer de las causas profanas de los clérigos removiendo la incompetencia, que por su inmunidad y fuero personal les asiste, no han podido los príncipes dar jurisdiccion á sus magistrados, y menos prorogarla para que conozcan de las cosas espirituales, sagradas ó eclesiásticas, que se pusieron por ley mas alta fuera de los límites y jurisdiccion de los reyes, haciéndolas privativas de la Iglesia y de sus ministros.

## CAPÍTULO VII.

*De la conclusion de la causa para prueba ó difinitiva.*

1 Nunca pierden las leyes de vista el interesante punto de abreviar la decision de los pleitos, pero rara vez se conforman las partes con este loable deseo: porque interesándose en la retencion de lo que poseen y gozan, resisten por todos los medios posibles llegar á la decision final, aun cuando conciben su buena causa y derecho, y con mayor razon si desconfian de su vencimiento. Los procuradores y abogados suelen tambien ayudar á los litigantes en estas dilaciones repitiendo alegaciones oficiosas, y llenándolas de discursos legales: porque en uno y en otro hallan su propio interes, y acaso mayor que el que espera lograr el principal litigante.

2 Las mismas leyes que conocian por experiencia los graves daños que por los medios indicados sufria el público, quisieron precaverlos disponiendo que no se presentasen mas de dos escritos hasta la conclusion del pleito [14]: y que si mas fuesen presentados no se recibiesen, y que si de hecho se recibiesen, se tuviesen por ningunos: y que si alguna probanza se hiciese sobre ello no hiciese fe ni prueba: que en los enunciados dos escritos solamente se pueda poner el hecho de que nace el derecho simplemente en encerradas razones: que con los dos escritos presentados por cada parte de las que litigan, sea habido el pleito por concluso, aunque las partes no concluyan, así para sentencia interlocutoria ó recibir á prueba, como para difinitiva: *ley* 4. *tít.* 16. *lib.* 2.: la 2. *tít.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*: y la 9. *tít.* 6. (Ley 1. tít. 14. lib. 11.: ley 3. tít. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.)

3 Cuando son dos ó mas los litigantes que promueven la misma accion y derecho sin diferencia ni en la causa de que nacen, ni en las excepciones y defensas que pueden tener, manda el juez de oficio ó á instancia de alguna de las partes que se conformen en un solo procurador, que á nombre de todos siga la instancia: porque se consideran legalmente por una sola parte, y debe llenar con solos dos escritos la disposicion de la ley en la brevedad y conclusion, sin dar lugar al fraude y oficiosas alegaciones que necesariamente se repetirian sin novedad esencial en los hechos, si cada uno de los litigantes que representan una misma accion y derecho, ó convienen en las defensas, pudiese hacer y presentar dos escritos.

4 Del último escrito que presenta el demandado, y completa los cuatro, se comunica traslado al actor, no para que replique ni presente otro escrito, pues no lo permiten las leyes, y deberia repelerle el juez de oficio, y solo sí para que se instruya de las exposiciones que hace el demandado, y concluya; y si no lo hiciere así debe el juez declarar y tener el pleito por concluso en cumplimiento de las leyes citadas.

5 Don Luis de Paz en su *Pract. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 7. *n.* 45. no admite el traslado del último de los dos escritos que puede presentar el reo demandado, ni aun con la limitacion explicada de que sea solo para que el actor se instruya de las producciones ó alegaciones que contenga, y concluya en su vista; pues entiende que con la presentacion del enunciado último escrito queda el pleito concluso sin necesidad de otro acto de conclusion ni declaracion judicial por tener la de la ley, que manda al juez recibir la causa á prueba.

6 Supone lo primero este autor que por derecho comun era mas libre el arbitrio ó el capricho de producir escritos ó alegaciones en las causas, de que resultaban perjudiciales dilaciones y gastos con daño de los litigantes y del público. Supone el mismo Paz lo segundo que para contenerlos corrigió nuestro derecho patrio este licencioso abuso, reduciendo los escritos de cada litigante á solos dos, y acerca de su progreso se explica en los términos siguientes: *Et deinceps nullus alius libellus, nec petitio erit admittenda, sed statim causa habetur pro conclusa ad probationes recipiendas, sine aliquo actu conclusionis; etiamsi per partes non concludatur: ac ideo judex statim profert sententiam interlocutoriam, per quam partes ad probationem recipit.*

7 El autor *de la Curia Philípica en su primera parte del Juicio civil*, §. 15. *y* 16. *n.* 10. conviene con la produccion de los dos escritos por cada parte de las que litigan, «con lo »cual (dice) es habido el pleyto por »concluso, sin otro acto de conclusion, »como lo dice una ley de la Recopila»cion. De suerte que con cada dos es»critos de las partes es habido el plei»to por concluso, así para la interlo»cutoria, ó recibir la prueba, como »para difinitiva, aunque las partes no »concluyan, segun otras dos leyes de »la Recopilacion.»

8 Combinados los términos en que se explica la Curia con los principios de Paz, se observa la diferencia de que este último solo da efectos de conclusion á los dos escritos para recibir á prueba el pleito, pero no para la sentencia difinitiva; y convienen en que con los dos escritos de cada parte se tiene el pleito por concluso sin necesidad de que alguna concluya.

9 Don Alonso Acevedo que por su instituto de explicar las leyes de la Recopilacion debia poner mas en claro las dificultades que producen sus disposiciones, las omite, ó las deja en suma confusion, como sucede en la presente reducida á sí con la presentacion de los dos escritos se ha de tener por concluso el pleito, ó se ha de comunicar traslado del último para que el actor se instruya y concluya, como se nota en la *glos. Concluso el pleito* sobre la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop. desde el n.* 32. *al* 38.: y en la *ley* 1. *tit.* 6. *de dicho lib. glos.* 1.: y en la 9. *de los mis. tit. y lib.*

10 Las leyes en que fundan su opinion el Paz y el autor de la Curia

Philípica dan justo motivo para inclinarse á su sentir; pero examinadas con sólida reflexion, sin perder de vista los fines que motivaron su establecimiento, persuaden y convencen la equidad y justicia con que se ha introducido y observa en todos los tribunales reales, especialmente en los consejos, chancillerías y audiencias, la práctica de comunicar traslado del último de los dos escritos presentados por el reo para que el actor se instruya y concluya; y solo en el caso de no hacerlo declara el juez por concluso el pleito para los efectos que haya lugar; esto es, para prueba si la causa la necesita, ó para difinitiva cuando no es necesaria.

11 La *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 4. lib. 11. de la Nov. Recop.) pone á la vista en su ingreso los daños que padecia el público, y las causas de que procedian reducidas «á que los abogados y procuradores »por malicia, y por alongar los pley»tos, y llevar mayores salarios de las »partes, hacen muchos escritos luen»gos, en que no dicen cosa de nuevo, »salvo replicar por menudo dos, ó tres »y quatro, y aun seis veces, lo que »han dicho, y está ya puesto en el »proceso.»

12 Este abuso que consistia principalmente en los dos puntos de repetir muchos escritos, y de que estos fuesen largos, se corrigió en esta ley; cuyo único objeto fué remediar tales perjuicios, y así mandó lo primero que cada una de las partes pusiera simplemente el hecho en encerradas razones, sin alegar leyes, decretos, decretales, partidas y fueros, con lo cual necesariamente habian de ser los escritos cortos, y quedaba remediado el daño de ser largos, que antes padecian las partes y la causa pública.

13 Mandó asimismo esta ley hácia el fin «que no sean rescebidos mas de »dos escritos hasta la conclusion; y »que si mas fueren presentados, que »no sean rescebidos, y si de he»cho se rescebieren, sean ningunos, y »si alguna probanza se hiciere sobre »ellos, que no haga fe, ni prueba.» En esta segunda parte quedó remediado el abuso de que presentasen muchos escritos, replicando por menudo dos ó tres ó quatro y aun seis veces, como lo hacian antes; pero no se extiende la ley á disponer ni mandar que con los dos escritos sea habido el pleito por concluso; pues como entonces aun no se habia notado el abuso, ni podia experimentarse hasta que con la observancia de la presentacion de los dos escritos se viese si las partes en uso del traslado que se les comunicaba del último, dilataban maliciosamente la conclusion, no correspondia que la ley anticipase la providencia de que con los dos escritos de cada parte quedase *ipso jure* concluso el pleito.

14 La presentacion de estos dos escritos está limitada, y debe hacerse en tiempo antes de la conclusion que se pone en la misma ley por término divisorio, y es una parte posterior á los mismos escritos y á su presentacion; pues dice que no sean recibidos mas de dos escritos *hasta la conclusion;* y segun el Diccionario de la lengua castellana impreso en Madrid año de 1780, la voz *hasta* es preposicion que se usa para esplicar el término adonde puede llegar una cosa; y así se dice hasta las nubes.

15 Este término de la conclusion no está determinado en la citada ley quién le haya de poner; y es consiguiente dejar esta facultad á los litigantes, como la tenian antes de esta disposicion limitada á los dos puntos que se han referido.

16 La misma conclusion es parte del proceso, y toca tambien por esta razon á las que litigan, sin que el juez pueda interponer sus oficios en suplir los de las partes, cuando alguna de ellas no insta por el progreso y continuacion de la causa, porque está en su mano dejarla ó suspenderla en cualquiera estado siempre que procedan de conformidad, y se presume estarlo cuando ninguna insta por su continuacion. Así se ve en repetidos procesos que estan pendientes muchos años en un estado, el cual se hace saber de nuevo á las partes cuando alguna insta por su progreso sin

que hasta tanto interponga el juez sus oficios para que los interesados la continúen: porque seria en cierta manera avivar los pleitos contra la intencion de las partes, que pueden tener varias causas para terminarlos en cualquier estado, ó tomarse tiempo con alguna suspension para atender á otros objetos mas importantes, continuándolos despues con mayor comodidad.

17 La enunciada conclusion que quieren inducir los autores citados del hecho solo de presentar cada parte dos escritos, puede tener dos efectos segun la naturaleza y calidad de la causa: uno para recibirla á prueba cuando consista en hechos que la necesiten: otro para determinarla difinitivamente, ya porque esten conformes las partes en los hechos, ó ya porque resulten notoriamente calificados; sin esperanza de poderse debilitar con las excepciones en contrario opuestas, cuando estima el juez que aun probadas de nada aprovecharian: *ley* 31. *tít.* 16. *lib.* 2. *ley* 4. *tít.* 6. *lib.* 4.: *ley* 4. *tít.* 7. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 4. tít. 9. lib. 11.: l. 5. tít. 10. lib. 11. y 4. tít. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.)

18 Con este discernimiento procede la *ley* 9. *tít.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 15. lib. 11. de la Novís. Recop.) pues suponiendo concluso el pleito con los dos escritos de cada parte, aunque estas no concluyan, dice lo siguiente: «Así para sentencia in»terlocutoria, ó recibir á prueba, ó »para difinitiva:» y en esto manifiesta que hay causas que pueden y deben determinarse sin ser recibidas á prueba.

19 De estos antecedentes resulta lo primero que el Paz y los demas autores, que limitan los efectos de la enunciada conclusion á que el juez pueda recibir la causa á prueba, proceden contra las mismas disposiciones de las leyes que tratan de este artículo: lo segundo que procediéndose con sola esta conclusion en que no intervienen las partes á la sentencia difinitiva, no se guarda aquella igualdad, que es tan propia y conveniente en los juicios: porque el reo ha visto los dos escritos presentados por el actor, y éste no ha reconocido el último que presenta el reo; y con esta confianza podrá reservar exponer en él lo mas sustancial de su defensa sin que el actor pueda preparar oportunamente su satisfaccion.

20 Las leyes permiten que las partes, cuando el pleito se halla en estado de sentenciarse difinitivamente, informen al juez de su derecho por palabra ó por escrito, alegando leyes, decretos, decretales, partidas y fueros: *ley* 4. *tít.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 14. lib. 11. de la Nov. Recop.) Y no habiendo visto el actor el último escrito presentado por el reo, no podrá formar sus alegaciones, ni fundar su justicia con la instruccion y conocimiento debido.

21 Supuesta la conclusion en la causa provee el juez un auto del tenor siguiente: «Por conclusa, y autos ci»tadas las partes:» en su consecuencia si quieren informarle de su derecho deben ser oidas, y han de ser reconocidos los autos por el mismo juez, como lo disponen las leyes en los inferiores: *ley* 17. *tít.* 17. *lib.* 2. *de la Recop. ibi* (Ley 3. tít. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.): «Mandamos que los dichos jue»ces no tengan Relatores, sino que »vean por sí los procesos:» *ley* 6. *tít.* 9. *lib.* 4. *de la Rec. ibi* (Ley 3. tít. 16. lib. 11. de la Nov. Rec.): «Mandamos »que los Jueces, para sentenciar los »pleytos, vean los procesos por sus »personas, y no por relacion de los »Escrivanos; y que quando ellos lo »ovieren de hacer, sea en presencia de »las partes.» Despues de esto proceden dichos jueces á dar su sentencia, ya sea recibiendo los autos á prueba, ó determinándolos difinitivamente segun la distincion que queda advertida; y se hallan en el caso de que la conclusion que quieren inducir de la presentacion de los dos escritos por cada parte, sea individua, tanto para el efecto de prueba como para la difinitiva.

22 La *ley* 2. *tít.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 3. tít. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.) trata del mismo artículo de la conclusion con los dos escritos de cada parte, y al parecer estrecha mas la

decision de que se tenga por concluso el pleito sin otro auto de conclusion: «Y dende en adelante no resciban otras »peticiones; y con esto sea avido el »pleyto por concluso, sin otro auto »de conclusion.» Al mismo intento y con mayor claridad se explica la *ley 9. tít. 6. lib. 4. de la Recop.* (Ley 1. tít. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) pues dice lo siguiente: «Mandamos que por »evitar dilacion en los pleytos, que con »cada dos escritos, que las partes pre»sentaren, sea avido el pleyto por con»cluso, aunque las partes no conclu»yan, así para sentencia interlocuto»ria, ó rescibir á prueba, ó para di»finitiva.»

23 En estas leyes no se halla contrariedad alguna entre las dos proposiciones, que dejo sentadas como regla fundamental de este artículo: la primera que del último de los dos escritos que presenta el reo se da traslado al actor: la segunda que el fin de este traslado es limitado á que se instruya de lo expuesto en el citado escrito, y concluya en su vista, ya sea para prueba ó ya para difinitiva segun la naturaleza y calidad de la causa en los términos insinuados; pues ni prohiben literalmente dicho traslado, ni que la parte del actor concluya.

24 Lo único que disponen es que no sea necesaria la conclusion de las partes, y que sin ella se tenga el pleito por concluso; pero esto debe entenderse cuando las partes no concluyen dentro del término ordinario de los seis dias, pues se les comunica traslado para dicho fin: porque no debe estar en arbitrio de los litigantes dilatar el curso de la causa especialmente cuando alguno de ellos lo solicita.

25 Con esta inteligencia se uniforman las dos enunciadas leyes con la *4. tít. 16. lib. 2. de la Recop.* (Ley 1. tít. 14. lib. 11. de la Nov. Recop.), que es la primitiva y capital que trató de abreviar los pleitos cortando maliciosas dilaciones por el medio de reducir los escritos de cada litigante á dos poniéndolos en la necesidad, si quieren continuarlos, de concluir en el perentorio término de los seis dias desde el último traslado; y por su defecto y morosidad que se tengan por conclusos para las sentencias interlocutorias ó difinitivas que correspondan. Esto es lo que observan los tribunales de la córte, y no he visto declarar ó tener por concluso el pleito sin que alguna de las partes concluya ó incurra en contumacia.

26 No se lograria la deseada utilidad de los términos señalados para concluir brevemente las causas, si no los tuviesen igualmente prescriptos en todo el progreso anterior á la conclusion [15]. El término de seis dias se concede á cada parte para responder en uso del traslado al escrito de la contraria: *ley 2. tít. 5. lib. 4. de la Recop.* (Ley 3. tít. 7. lib. 11. de la Nov. Rec.); y aunque toman dentro de este término los autos, rara vez los vuelven con su respuesta sino, que la dilatan hasta que la parte, á quien interesa la brevedad solicita se apremie á la contraria; y así se manda inmediatamente en ejecucion de la ley, porque es perentorio el término de los seis dias, y pasados deben cumplir con ella volviendo los autos con la respuesta que diere; y si no la han podido extender y presentar, solicitan nuevo término para hacerlo, motivando alguna justa causa que se lo haya impedido, ya sea por no haber hallado abogado que los defienda, ya por sus graves ocupaciones, que es la comun, ó por otras, en cuya consideracion concede el juez nuevo término para que cumpla con la presentacion del escrito: *ley 28. tít. 16. lib. 2. de la Recop.* (Ley 2. tít. 6. lib. 11. de la Nov. Rec.) Aunque los jueces presuman alguna malicia en las partes y en sus procuradores, acceden siempre á estas pretensiones por no dar lugar á que apelen de la denegacion del término pedido, y á que causen mayores dilaciones; pues no pudiendo precaverse todos los fraudes y malicias, es preciso tolerar el menor, que consiste en conceder un nuevo término competente y ajustado á la entidad y calidad de la causa, atendiendo igualmente á que en la denegacion del nuevo término que se pide, se interesa la defensa natural, y en cualquiera duda se debe atender á ella aunque sea á

costa de sufrir alguna pequeña dilacion en el progreso de la causa.

27 El término de seis dias señalados por la ley para responder á los escritos de la parte contraria interpela por momentos al que debe hacerlo, y se dirige á remover la morosidad y malicia de dilatar el curso de la causa; y parece que no se logran estos fines si el juez ha de conceder nuevos términos, las mas veces mayores que el primitivo de los seis dias, sin exámen ni conocimiento de la causa que motiva el procurador, viniendo á quedar en su arbitrio proponerla con necesidad ó con malicia.

28 Por otra parte si hubiera de justificarse la causa que se motiva para excusar la morosidad ó malicia en no haber respondido en el término de la ley, se añadirian gastos á las partes; y ocupándose el tiempo necesario en esta diligencia con suspension de la causa principal, resultaria que concediéndose el nuevo término, justificada la causa ó impedimento alegado, se acumulaban dos dilaciones; y aun cuando se negase la segunda, porque fuese aparente ó falsa la causa indicada, no podia excusarse la primera del tiempo necesario para la prueba, su conocimiento y decision; y no siendo esta favorable á la parte que solicitaba el nuevo término, se daria por agraviada, y recurriria en apelacion ó queja al tribunal superior.

29 Estas prudentes consideraciones inclinan á exponerse al menor daño por huir del mayor, y obligan á estar por la fe del procurador, que nunca se presenta tan desnuda que no se acompañe en el concepto del juez de la causa de aquellas conjeturas de verosimilitud que ofrece la magnitud del proceso, la entidad y gravedad de lo que se litiga, y otras circunstancias para decidir á favor de un término competente en materia de tan poco momento.

30 Sin embargo de esto confiando el Consejo con mas justa razon de la integridad de los letrados, y persuadido de que no solicitarian dilaciones ó nuevos términos para el despacho de los negocios de que estan encargados sin la debida seguridad en las causas que se motivan, ya sean por sus muchas ocupaciones en otras mas antiguas ó de preferencia, ó por faltarles la competente instruccion de hechos, que deben remitir los interesados, quienes lo ejecutan á veces á solicitud de los abogados, cuando conocen la necesidad de producirlos y justificarlos á su tiempo, ha mandado por regla general que no se admitan pedimentos de término para el despacho de los pleitos sin que los firme el abogado, en cuyo estudio se hallen, conciliando por este medio el adherir con la competente justificacion á la natural defensa de las partes, y el precaver el abuso de dilatarlos.

31 La enunciada providencia del Consejo no se halló en las escribanías de gobierno ni en las de justicia ni en el archivo; pues la hice buscar en estas oficinas con el fin de señalar el tiempo de su expedicion, y las causas que la motivaron; pero todos los que sirven estos oficios contestaron su certeza y observancia, y yo lo veo practicar así constantemente.

32 Á veces no quiere alguna de las partes tomar los autos para usar del traslado en el término de los seis dias señalados para responder al escrito contrario, y entonces pasado el término cae en rebeldía: y acusada por el litigante que interesa en la brevedad, se estima y declara la causa por conclusa para los efectos que correspondan á su estado, como si efectivamente hubiera respondido y concluido: así lo disponen y repiten las leyes reales con el importante fin ya indicado de que se abrevien los pleitos. La *ley 51. tít. 4. lib. 2. de la Recop.* (Ley 2. tít. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) se explica en los términos siguientes: «Ordenamos y mandamos que en los »nuestros Consejos, y Audiencias, para concluir los pleytos en qualquier »estado, no se espere la tercera rebeldía; sino que todo lo que en los procesos se hacia, y concluia fasta aquí »con tres rebeldías, ansi para sentencia difinitiva, como para autos interlocutorios, se concluya con sola una »rebeldía.» [16].

33 El *aut. 2. tít. 24. lib. 2.* (Ley 2.

tit. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) dice que «para concluir en el Consejo los »negocios en qualquier estado, no se »espere la tercera rebeldía, sino que »todo lo que en los procesos se hacia, »y concluia con tres rebeldías, se ha»ga con una sola, pasado el dia, ó tér»mino, que se diere para responder.» Al mismo intento y casi con entera uniformidad dirigen sus disposiciones la *ley* 47. *tít.* 4. *lib.* 3.: la 2. *tít.* 3.: y la 10. *tít.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 13. tít. 4.: y 3. tít. 15. lib. 11. de la Nov. Récop.)

34 Este remedio de acusar las rebeldías ha sido admitido en todos tiempos y en cualquiera estado del proceso para estimular la actividad de los litigantes, y corregir su morosidad y malicia. Convienen tambien las leyes antiguas y modernas en que no pueda ni deba acusarse la rebeldía hasta pasado el término señalado para los actos que deben hacer los litigantes en el proceso, empezando desde los emplazamientos hasta la conclusion de la causa para la difinitiva.

35 Á primera vista se presenta un reparo en la contraposicion de estos principios; pues en uno se establece que el dia y término que señalan las leyes ó las partes por convencion interpela por el hombre, y constituye en mora al que no cumple dentro de él lo que debe calificándole de inobediente y rebelde; y disponiéndose por otro principio fundamental de las citadas leyes la necesidad de acusar la rebeldía pasado el término que ellas señalan, parece ociosa esta diligencia.

36 Los mas de los autores siguiendo el derecho de los romanos reconocen y confiesan el principio de que el dia puesto para pagar ó entregar la cosa que se ha prometido, y á que alguno se obligó, insta por su efectivo cumplimiento y constituye en morosidad al deudor luego que pasa el dia señalado, como si el mismo acreedor hubiese hecho su instancia ó interpelacion personal, siendo estos dos puntos equivalentes para el efecto de inducir mora en el deudor, y por ella su responsabilidad á los intereses y al daño que padece el acreedor ó señor de la cosa por la falta de cumplimiento en el obligado: Castillo, *Controvers. lib.* 9. *cap.* 1. *n.* 62. *Deinde et secundo ex sententia communi Doctorum moram committi non solum per interpellationem expressam hominis, sed etiam per tacitam interpellationem extrajudicialem, quæ fit per diei appositionem: quoniam tunc dicimus diem pro homine interpellare:* Menochius, *de Arbit. lib.* 2. *cent.* 3. *cas.* 220. *n.* 16. *Expressa itaque extrajudicialis interpellatio debitorem in mora constituit. Hoc idem operatur illa tacita interpellatio extrajudicialis, quæ fit per diei appositionem: quoniam tunc dicimus diem pro homine interpellare.*

37 La *ley* 18. *tít.* 11. *Part.* 5. decide literalmente este punto; pues distribuyendo su disposicion en tres casos resuelve en el primero que «pro»metiendo un ome á otro, de dar, ó »de facer á dia cierto, si la cosa se »muriese en ante del dia, de su muer»te natural, sin culpa del que face la »promision, non es tenudo de la pe»char, nin de dar ninguna cosa por »razon della, mas si muriese despues »del dia que deviera ser dada, *(que es »el segundo caso de la ley)* entónce »seria tenudo, del pechar la estima»cion de la cosa. E si quando la cosa »señalada prometiese alguno á dar, »non dixese ciertamente, en qual dia »gela daria, si despues deso gela pi»diese el otro á quien fué prometida, »pidiéndogela, é non gela quisiese dar, »pudiéndolo facer, decimos, que si »muriere la cosa despues, de su muer»te natural, que es tenudo de la pe»char. Pero si se muriese en ante que »el otro gela demandase, entónce no »seria tenudo el que la prometió, de »darle ninguna cosa por ella;» y este es el tercer caso.

38 En la enunciada ley se hallan comparados con igual fuerza y efecto el dia cierto y la interpelacion personal; y al mismo intento en calidad de regla general conduce la *ley* 8. *títul.* 14. *Part.* 5., pues se explica en los términos siguientes: «Plazos, é dias »ciertos ponen los omes entre sí, á »que prometen de dar, ó de facer al»gunas cosas, unos á otros. E por en-

»de decimos, que cada uno es tenudo »de dar, ó de facer, lo quel prometió, »al plazo quel fué puesto para ello. »E non se puede escusar que lo non »faga, maguer el otro gelo demande.»

39 Aunque me propuse por fin principal de estas *Instituciones* aplicar oportunamente las leyes del reino al estado de las causas considerando este medio por el mas sencillo y menos molesto de estudiarlas y retenerlas sin aquella fatiga y constancia que es necesaria para emprender y repetir la lectura general de ellas; y aunque llevo siempre á la vista no cargar la memoria, ni gastar el tiempo en referir leyes de los romanos, ni excitar sobre ellas largas discusiones, usaré alguna vez de su autoridad si concibo que su razon es poderosa para comprobar y demostrar con mayor claridad lo dispuesto en las leyes del reino, ó añadir lo que falte en ellas.

40 Por estos respectos me ha parecido hacer aquí memoria de la *ley* 4. *ff. de Leg. Commis.* En su principio pone la fórmula *Si fundus leges commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret:* y al §. 4. continúa en estos términos: *Marcellus lib. XX. dubitat, commissoria utrum tunc locum habeat, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit: et magis arbitror offerre eum debere, si vult se legis commissoriæ potestate solvere.* No puede darse una disposicion tan terminante para probar que el dia cierto que se ponga para resolver ó rescindir un contrato, excusa la interpelacion, y obra todos sus efectos, como si se hubiera hecho por la parte interesada.

41 Si se comparan estas leyes con las de la Recopilacion que sirven de fundamento á la proposicion y regla establecida en este capítulo, se hallará que es superior la autoridad de las leyes de la Recopilacion, pues obligan á juzgar por ellas en primer lugar: *pragmática de* 14 *de Marzo de* 1567: *ley* 3. *tít.* 1. *lib.* 2. *de la Rec.* (Ley 3. tít. 2. lib. 3. de la Nov. Rec.); y si se atiende á su razon, es mas equitativa y llena de humanidad, pues no estrecha ni aflige al que ha de responder en el término señalado á que caiga en rebeldía desde el punto en que se acaba el término, y exige que la parte que interesa en la brevedad use de los remedios que la conceden las mismas leyes de instar y acusar la rebeldía; y si fuese negligente y los despreciase no debe gozar de ellos. Además hay un cuasi contrato en todos los juicios, y tiene en ellos grande influjo la voluntad de los litigantes; y estando de acuerdo en que se acaben por su convencion, ó en que duerman por su tolerancia, pareceria oficioso en el juez darle curso con su providencia.

42 Supuesta la necesidad de acusar la rebeldía, y la regla de que debe hacerse pasado el término señalado, entra otra igualmente autorizada por las mismas leyes que se han citado, y es que con sola una rebeldía se concluya, así para prueba ó autos interlocutorios como para difinitiva; y esta es la única novedad que introdujeron las citadas leyes recopiladas á beneficio de la causa pública y de las partes que litigan.

43 El fundamento de la diferencia que hay entre acusar una sola rebeldía y ser antes necesarias tres, consiste en la calidad de los términos que se conceden así para contestar como para responder á los escritos; pues concibiéndose antes con la division de tres términos con sus respectivos intervalos, era consecuencia necesaria que pasado cada uno de estos términos se acusase la rebeldía, llegando á ser tres para constituir á la parte en contumacia, y que supliese el juez con su providencia la conclusion y curso de la causa; pero habiendo establecido por regla preliminar las enunciadas leyes que el término que se conceda sea uno solo perentorio, como se observa y repite literalmente en sus disposiciones, fué efecto necesario que con sola una rebeldía pasado todo el término, que es solo cuando puede acusarse, se haga lo mismo que se hacia antes con las tres.

44 La *ley* 51. *tít.* 4. *lib.* 2.: y el *auto acordado* 2. *títul.* 24. *del mism. lib.* (Ley 2. tít. 15. lib. 11. y nota 6. título 30. lib. 4. de la Nov. Recop.) dan

ocasion para dudar si la novedad de concluir con sola una rebeldía es privativa de los negocios, que penden en el consejo y en las audiencias, ó si es comun á los demas tribunales del reino: porque su literal disposicion es reducida á los consejos y audiencias, y si hubieran querido extenderla por regla general á otros tribunales alterando el estilo y práctica que hasta entonces se observaba en ellos, parece lo hubieran explicado así, como lo hacen otras leyes, señaladamente la 1. *tít.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.); pues señalando en ella el término de cinco dias para apelar desde el en que fuere dada la sentencia, ó recibió la parte el agravio, y llegó á su noticia, y que si así no lo hiciere, quede la sentencia ó mandamiento firme, manda: «Que esto »se guarde de aquí adelante, ansi en la »nuestra Casa, y Corte, y Chancillería, »como en todas las Ciudades, y Villas, »y Lugares, y Provincias de nuestros »Reynos.»

45 Sin embargo de que la letra de la enunciada *ley* 51. *y del auto acordado citado* (Ley 2. y notas citadas) sea limitada á los consejos y audiencias, su razon y espíritu es general á beneficio de la causa pública, y debe comprender á todos los tribunales del reino; ademas de que hay otras diferentes leyes que no tienen la restriccion indicada, antes bien disponen en términos indefinidos que con sola una rebeldía se concluya, y tengan el mismo efecto que hacian las tres anteriormente: *ley* 2. *tít.* 3. *lib.* 4.: *ley* 10. *títul.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*

46 Las *leyes* 13. *y* 14. *tít.* 7. *lib.* 7. (Leyes 2. y 3. tít. 25. lib. 7. de la Nov. Rec.) hacen un argumento poderoso á favor de la resolucion antecedente, pues la primera se dirige á prohibir las dehesas en los heredamientos y cortijos del reino de Granada, mandando á los dueños de ellos que no defiendan la yerba y otros frutos que naturalmente lleva la tierra, sino que quede libremente para que todos los vecinos de las dichas ciudades, villas, lugares y sus términos, los puedan comer con sus ganados, bestias y bueyes de labor, no estando plantado ó empanados; y contiene ademas esta ley otra restriccion respecto á los cortijos, heredamientos y tierras que se poseian y gozaban por merced de los señores Reyes Católicos, y las que en adelante hicieren; y sin embargo de que esta real resolucion no se concibe en términos de ley general, ni habla de otros heredamientos ni pueblos que de los del reino de Granada, y aun en estos se reduce á los que hubiesen salido, ó saliesen por merced de los mismos Reyes Católicos, se ha entendido y observado con influjo, y efecto de ley general para todos los pueblos del reino.

47 Por la citada *ley* 14. (Ley 3.) se revocó y anuló la ordenanza que habia hecho la ciudad de Avila dando facultad á los dueños de acotar los heredamientos que se hubiesen reunido en uno solo bajo las calidades que indica la misma ordenanza; y en su consecuencia se prohibió usar de ella concediendo licencia y facultad á los vecinos de la dicha ciudad, su tierra y demas pueblos para que pudiesen pacer y rozar en los dichos términos, que así por virtud de la dicha ordenanza estaban dehesados, como lo hacian cuando los heredamientos eran de diversos dueños, y antes que la dicha ordenanza fuese hecha.

48 Esta resolucion, que fué igualmente limitada á los heredamientos de la ciudad de Avila y su tierra y á favor de la vencidad de ella, ha sido tambien entendida y guardada como ley en lo general del reino, no solo por un efecto de extension, sino por virtud de la comprension en que estan los casos semejantes bajo las resoluciones reales, aunque determinadamente no hayan hablado de ellos.

49 Esto procede seguramente por dos razones: la primera cuando es general la de la ley, aunque se establezca con motivo de casos particulares ó con respecto á señalados pueblos y territorios: la segunda consiste en la excelencia de la dignidad del príncipe, y en la justificacion con que salen sus decretos y decisiones, aunque las haya dado en negocios particulares, llegando á tanto que la sentencia ó de-

terminacion de una causa hace ley para otras de iguales circunstancias, limitándose por estos altos respetos la regla de que no se debe juzgar por ejemplares ni fazañas: *ley* 14. *tít.* 22.: *Part.* 3. «Otrosí decimos, que non deve valer ningun juicio que fuese dado por fazañas de otro; fueras ende, si tomasen aquella fazaña, de juicio que el Rey oviese dado. Ca estónce bien puede judgar por ella: porque la del Rey ha fuerza, é deve valer como ley, en aquel pleyto sobre que es dado, é en los otros que fueren semejantes:» Vinnius §. 6. *Institut. de jur. natural. vers. Quodcumque ergo Imperator:* Oter. *de Jur. pascend. cap.* 16. *n.* 7. *y* 8.: Covarrub. *Practicar. cap.* 37. *n.* 3. *vers. Quidquid sit:* Lagun. *de Fructib. part.* 1. *capít.* 7. *n.* 77. *al* 84.: Acev. en la *Rubr. tít.* 4. *lib.* 3.; y en la *ley* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop. n.* 6.

50 Por todo se demuestra que aunque la enunciada *ley* 51. *tit.* 4. *lib.* 2. y el *auto* 2. *tit.* 24. *del mismo libro* (Ley 2. y nota 6. antes citada) hablan de concluirse los pleitos en los consejos y audiencias con sola una rebeldía en lugar de las tres con que se hacia antes, son generales estas leyes en su efecto á todos los tribunales del reino.

51 Aunque la primera conclusion en la causa la ponga algunas veces en estado de poder dar sentencia difinitiva, lo cual sucederia si estuviese probada la verdad por confesion de la parte, ó la duda consistiese solamente en la decision de las leyes, es muy raro este caso, y muy comun la necesidad de recibirla á prueba, que es el auto interlocutorio que pone la ley en primer lugar como efecto mas comun de la conclusion, del cual trataré guardando el mismo órden en el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO VIII.

### *De la prueba en primera instancia.*

1 Síguese á la conclusion el auto de prueba, cuya ejecucion debe limitarse á los hechos del proceso conducentes á descubrir la verdad, porque son la materia capaz de probarse y el depósito del derecho, en donde le debe buscar el juez para su acierto: *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 14. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Do tan solamente se puede poner simplemente el hecho: de que nasce el derecho:::::: mas cada una simplemente ponga el hecho en encerradas razones:» *ley* 10. *tít.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 2. tít. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Seyendo hallada, y probada la verdad del fecho por el proceso.» Dícese tambien que han de ser conducentes, porque lo que no sirve para descubrir la verdad de lo que se demanda, y asegurar su justa decision, es ilusorio, y no lo permite la seriedad y circunspeccion de los juicios: *ley* 7. *tít.* 14. *Part.* 3. «Otrosí decimos, que aquella prueva deve ser tan solamente rescebida en juicio, que pertenesce al pleyto principal sobre que es fecha la demanda. Ca non deve consentir el Juzgador, que las partes despiendan su tiempo en vano, en provando cosas de que non se puedan despues aprovechar, maguer las provasen:» *ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 5. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) Esta última proposicion, aunque clara en la ley, tiene grandes dificultades en la práctica, porque en la duda de si conduce ó no al pleito principal, no puede el juez repeler el artículo ó pregunta, y solo podrá hacerlo presentándose con notoriedad la inconducencia de la prueba, ya sea para aprovechar á la parte que la solicita, ó para dañar á la contraria; y como para calificar el caso de notorio, es necesario un prolijo y exacto exámen de la causa y hechos del proceso, y una declaracion que lo califique, no es fácil tomarlo en el estado de prueba, ni seria conveniente á la brevedad que se desea ni al interes de las partes; pues consumirian mas tiempo y caudal en este incidente, y tomarian ocasion para apelar si se despreciase el artículo que intentaban probar considerando ofendida su natural defensa. Por estas juiciosas consideraciones rara vez usan los jueces de la facultad ó

arbitrio de excluir las preguntas que se proponen, reservando su exámen y juicio para el tiempo de la sentencia difinitiva con la cláusula general y saludable de admitirlas *en cuanto sean pertinentes*.

2 Si los hechos estuviesen probados antes de la conclusion, ya sea por avenencia de las partes ó por confesion de alguna de ellas, de manera que la verdad se halle constantemente descubierta, que es la que se busca y desea en los juicios, desentendiéndose de solemnidades y sutilezas, no tendrá lugar prueba alguna, ni debe recibirse á ella, porque toda seria ilusoria resistiéndola las mismas leyes: *ley* 31. *tít*. 16. *lib*. 2. *de la Recop*. (Ley 4. titul. 9. lib. 11. de la Nov. Rec.) «Mandamos que sobre las posiciones confesadas por qualquiera de las partes en el nuestro Consejo, ó Audiencias, los Letrados no hagan preguntas:» *ley* 1. *tít*. 7. *lib*. 4. (Ley 1. tit. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Y si de la respuesta de las posiciones hallare el Juez que puede dar sentencia difinitiva, concluso el pleyto, la dé, la que por fuero, ó derecho deva; sino, resciba las partes á prueba de lo por ellas dicho, é alegado:» *ley* 4. *del mismo tít. y lib*.: *ley* 10. *tít*. 17. *lib. citado* (Leyes 4. y 1. antes citadas.)

3 De estos antecedentes resulta un principio constante, y es que la prueba cuando la permiten las leyes siempre es de esencia y sustancia del juicio, porque toca á la defensa natural de las partes, y su omision ó denegacion da justa causa para apelar; pero si las partes no apelan, la sentencia que diese el juez aunque fuese injusta no es nula, porque la prueba no toca al órden del juicio, sino al de la justicia, que pueden consentir los que litigan, y lo hacen por el hecho de no reclamar la sentencia: Scacia, *de Judiciis*, *quæst*. 20. *glos*. 14. *n*. 1. *cum aliis*.

4 Conciliando las leyes el uso propio de la natural defensa y el que no abusen las partes de este saludable remedio convirtiéndole con malicia en dilaciones perniciosas contra la brevedad que se desea, y que es el objeto de toda la legislacion, señalaron término competente para que puedan hacer sus respectivas probanzas; es á saber el de ochenta dias: si la prueba se hubiese de hacer de puertos acá, y el de ciento y veinte siendo de puertos allá, *ley* 1. *tit*. 6. *lib*. 4. *de la Recop*. (Leyes 1. y 3. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)

5 Por esta ley se mejoró la anterior legislacion de las Partidas, señaladamente la disposicion de la *ley* 33. *titul*. 16. *Part*. 3. en que se manda: Que cuando los testigos que se han de exáminar estan en la villa donde es el pleito, se concedan tres plazos sucesivos cada uno de tercero dia; y como no es de esperar que las partes concluyan su probanza en el plazo primero, pues basta que alguna de ellas quiera apurar las tres, hace necesarias tres providencias judiciales con mayor daño y gasto de las partes.

6 Cuando los testigos no se hallen en la misma villa donde se trata el pleito, aunque esten en su término ó cerca de él, los plazos son los mismos tres y por el propio órden, con la diferencia de ser cada uno de nueve dias, padeciéndose en esto igual dilacion y perjuicio que en los tres plazos anteriores.

7 Si alguna de las partes que litigan señalare para su prueba testigos que se hallen á distancia considerable, y jurare al mismo tiempo que no lo hace por alargar el pleito, sino con la esperanza de que comprobarán los hechos que propone, se le conceden los mismos tres plazos por igual órden sucesivo, siendo cada uno de treinta dias; y es fácil caer en este abuso por el arbitrio que tienen las partes de proponer y señalar alguno de los testigos á larga distancia, ofreciéndose acerca de ella contiendas, pues no se determina en la ley.

8 Todos estos perjuicios en la dilacion y mayores gastos de los interesados se enmendaron en la citada *ley* 1. *tít*. 6. *lib*. 4. (Leyes 1. y 3. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.), pues su término ó plazo ordinario es uno solo, contínuo y perentorio, y excusa las providencias intermedias que se indicaron en los tres plazos referidos.

9 La experiencia de largo tiempo hizo sin duda conocer los muchos inconvenientes que resultaban de la observancia de la ley de Partida, y la necesidad de la disposicion de la ley recopilada, ya sea porque los tres plazos cada uno de tres ó nueve dias no eran suficientes, ó no los consideraban tales las partes, y recurrian las mas veces al de treinta, ó ya porque eran inexcusables mayores gastos y dilaciones en la repeticion de providencias.

10 El término y plazo único de ochenta dias, que concede la ley con el mismo efecto que tenian antes los tres sucesivos se reserva á la prudencia y arbitrio del juez que le coarte al que considere suficiente para que hagan las partes su prueba atendida la calidad de la causa y de las personas, y el número y distancia de los lugares donde se haya de hacer. Algunas veces usan los jueces de este medio deseando abreviar las causas, y las reciben á prueba con término de treinta dias, pero rara vez logran el fin: porque la que se interesa en la dilacion pide que se prorogue, y el juez se halla en la necesidad de hacerlo, y viene á llegar á los ochenta dias cargando á las partes con los gastos de las prorogaciones que solicitan, y de sus respectivas notificaciones; y si quieren mantener la providencia de limitar y abreviar el término, dan ocasion á las partes para que la reclamen pidiendo su reposicion y apelando de lo contrario, y el juez está en la precision de admitir esta apelacion; pues aunque el auto de prueba y restriccion de términos para ella sea interlocutorio, trae gravamen irreparable, y el mayor que se puede irrogar á las partes, porque en las probanzas está toda la virtud de la causa y del vencimiento ó pérdida; y por lo mismo no defiriendo el juez á estas apelaciones introducen el recurso de la fuerza de no otorgar, y declarándola como efectivamente la declaran los tribunales superiores, viene á reponerse todo lo obrado desde el dia en que pudo interponerse la apelacion: Salgado, *de Regia protect. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 137. *al* 139.

11 Para evitar estos graves inconvenientes tán contrarios á la brevedad que solicitan los jueces con la restricion de los plazos para probar, observan ya los tribunales en la sentencia ó auto de prueba recibir la causa á ella por los ochenta dias de la ley comunes á las partes, y la conciben y extienden en la forma siguiente: «Recíbese este pleito á prueba por los »ochenta dias de la ley comunes á las »partes; hágaseles saber &c.»

12 Notificada á las partes esta sentencia forman sus interrogatorios, y los presentan al juez con pedimento; y uno y otro se extiende con arreglo al estilo y práctica de los tribunales en los términos siguientes:

13 *Interrogatorio.* «Los testigos »que se presentaren por parte de N. »vecino de T. en los autos que sigue »con N. sobre paga de diez mil reales »vellon, serán examinados al tenor de »las preguntas siguientes:

Primeramente: «Por el conocimien»to de las partes, noticias de este »pleito, y demas generales de la »ley, &c.

2.ª «Si saben ó han oido decir »que dicho N. condescendiendo á las »instancias del nominado N. le entregó »y prestó diez mil reales vellon en el »mes de Enero del año pasado de 1781, »bajo la obligacion y pacto que cons»tituyó dicho N. de volverlos en dos »plazos iguales, á razon de cinco mil »reales en cada uno, que el primero »cumplió en fin de Junio, y el segun»do en fin de Diciembre del pro»pio año.

3.ª «Si saben y han oido decir que »aunque dicho N. ha solicitado con »atentos y urbanos oficios que el ex»presado N. estando ya cumplidos los »referidos plazos, le pagase los enun»ciados diez mil reales, no lo ha po»dido conseguir.

4.ª «Item de público y notorio, »pública voz y fama, y comun opi»nion, &c.»

14 Este interrogatorio se presenta al juez con pedimento del tenor siguiente:

*Pedimento.* «N. en nombre de N. »vecino de T. en los autos con N. so»bre paga de diez mil reales, digo:

»Que por auto de 6 de Febrero del »presente año de 83 se sirvió V. recibirlos á prueba por el término de los »ochenta dias de la ley; y para la que »mi parte pretende hacer presento in»terrogatorio. Por tanto:

«Suplico á V. se sirva haberlo por »presentado, y mandar que á su tenor »y con citacion contraria se examinen »los testigos que por dicha mi parte se »presentaren, por ser justicia que pi»do, juro lo necesario, &c.

«Otrosí: digo que N. y N. vecinos »de T. se hallaron presentes al tiempo »de la contrata y entrega que hizo mi »parte de los diez mil reales al nomina»do N.; y presentándolos como testi»gos: Suplico á V. se sirva librar el »despacho correspondiente cometido al »Corregidor de la expresada ciudad, pa»ra que les reciba sus declaraciones »precedida citacion contraria y con las »demas formalidades de derecho; pido »justicia *ut supra.*»

15 Este pedimento igualmente que el interrogatorio deben ser firmados por el abogado y procurador, porque contienen lo mas esencial y entitativo de la causa, que consiste como se ha dicho al núm. 3. en la prueba que debe pedirse y ordenarse con arreglo á los hechos importantes de los autos sin incluir lo que está confesado, ó sea inconducente, cuyo discernimiento toca á los letrados, á quienes lo confian las leyes: *ley* 3. *títul.* 16. *lib.* 2. (Ley 8. tít. 22. lib. 5. de la Nov. Recop.) «Pro»curando que se hagan las probanzas »que convengan, ciertas y verdade»ras::::: Ni pidan términos para pro»bar lo que saben, ó creen que no ha »de aprovechar, ó que no se puede pro»bar: *ley* 24. *tít.* 16. *lib.* 2. (Leyes 3. y »8. tít. 3. y 10. lib. 11. de la Nov. Re»cop.) «Mandamos que los dichos Le»trados en el firmar y facer los inter»rogatorios, y artículos de ellos en pri»mera, y segunda instancia, guarden »la ley por Nos fecha en las Cortes de »Madrigal::::: los firmen de sus nombres, »y no baste señalar:» *ley* 20. *tít.* 22. *del mismo lib.* (Ley 9. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) El receptor «no »puede hacer probanza alguna si no »fuere por interrogatorio firmado de »Abogado de la Audiencia, y señala»do del Escrivano» permitiendo solamente á los procuradores las peticiones pequeñas: *ley* 8. *tít.* 24. *lib.* 2. (Ley 9. tít. 31. lib. 5. de la Nov. Recop.) «Que ningun Procurador sea osado de »hacer, ni haga por sí escrito alguno »en los juzgados de nuestras Chanci»llerías, salvo solamente las peticiones »pequeñas para acusar rebeldías.»

16 La primera pregunta del interrogatorio contiene los artículos generales, unos específicos y otros virtuales ó tácitos: los primeros reducidos al conocimiento de las partes y noticia del pleito, y los segundos comprendidos en la cláusula, *y demas generales de la ley.*

17 Llámanse artículos *generales*, porque se deben proponer necesariamente como preliminares de todos los interrogatorios sin que puedan las partes omitirlos; y toman igualmente la denominacion *de la ley*, porque estan señalados en ella, y los manda incluir en los enunciados interrogatorios, y en las receptorias que se expiden para examinar los testigos: *ley* 8. *tít.* 6. *lib.* 4. (Ley 3. tít. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Y que en todas las cartas de »receptoria, así en las que se dieren »con parte, como en rebeldía, se diga »que el Juez, ó Receptor, ó el Escri»vano pregunte á cada testigo que edad »tiene, ó si es pariente en grado de »consanguinidad, ó afinidad de la parte, »ó en que grado, ó si es enemigo, ó »amigo de alguna de las partes, ó si de»sea que alguna de las partes venciese »el pleyto mas que la otra, aunque no »tuviese justicia, ó fué sobornado, ó »corrupto, ó atemorizado por alguna »de las partes.»

18 En lo literal de la enunciada ley no se contienen los dos artículos del conocimiento de las partes y noticia del pleito; pero los ha considerado conducentes la práctica y estilo de los tribunales para que el juez pueda discernir la fuerza de sus declaraciones sobre el supuesto de estar seguros los testigos de la identidad de las partes y del pleito que tratan; y siendo está práctica observada generalmente se llaman con razon preguntas generales, y

convienen en este punto con las demas que incluye la pregunta primera, aunque estas se diferencian en la denominacion *de generales de la ley* por estar escritas en ella.

19 Las otras preguntas del cuerpo del interrogatorio se llaman útiles, porque tocan á los hechos principales producidos en la demanda como fundamento de la intencion de la parte. Estos hechos han de ser probados por el actor en lo que no lo estuviesen por confesion del reo demandado. Lo mismo debe hacer y probar el reo en lo que conduzca á su intencion; y he aquí la regla que puede darse para formar los interrogatorios, sin distraerse á preguntas de lo que no puede probarse, ó de lo que aunque se pruebe no puede aprovechar para la decision de la causa; y como no se toma exacto y cabal conocimiento, cuando se presentan los interrogatorios de las preguntas que contienen, y si son en todo ó en parte conducentes, se reserva su exámen para el tiempo de la sentencia con aquella cláusula saludable y comun de que se admitan *en cuanto sean pertinentes*; y por efecto de ella quedan desaprobadas las preguntas inconducentes y sin valor cuanto sobre ellas hayan declarado los testigos.

20 Sucede muchas veces que presentados los testigos en el término concedido para probar no se reciben dentro de él sus declaraciones, y se trata de si haciéndolas despues de pasado tendrán el mismo valor y efecto que si las hubieran ejecutado dentro del término.

21 Los autores proceden á resolver esta cuestion distinguiendo dos casos: uno cuando el término que señaló el juez para probar es menor que el de la ley; y entónces convienen en que si se presentasen y jurasen dentro de él los testigos, pueden hacer y extender sus declaraciones aunque haya pasado.

22 Si se hubiese recibido la causa á prueba por todo el término de la ley en cualquiera de los casos indicados en ella, resuelven lo contrario; esto es, que aunque se presenten y juren dentro del término, no pueden declarar despues de pasado. Otros añaden la diferencia de que se hubiese señalado el término para probar y haber probado, en cuyo caso no admiten las declaraciones despues de pasado, pero sí cuando el término fué sencillo para probar solamente.

23 Acevedo á la *ley* 1. *tít.* 6. *lib.* 4. *n.* 7. se explica en los términos siguientes: *Secundo notandum est, in jure dupliciter terminum ad probandum assignari posse; aliquando enim datur, et assignatur simpliciter ad probandum, aliquando vero ad probandum, et probatum habendum, ut hic; et inter hos terminos maxima constituitur differentia, quoniam in priori termino simpliciter ad probandum constituto sufficit testes jurare intra terminum hunc, ut possint eo elapso examinari, et ut censeantur in termino deposuisse, quia depositio, et dictum talis testis retrotrahitur ad tempus juramenti.*

24 Diego Perez á la *ley* 5. *lib.* 3. *tít.* 8. *del Ordenam. pág.* 1110. *vers. Sed tamen in contrarium: Dicendum est, quod aut loquimur in termino probatorio assignato à jure, vel in præfixo à Judice. In priori casu non sufficit jurare infra terminum; sed necessarium est, quod eo durante deponant testes, alias transacto termino, non poterunt amplius in causa executionis deponere: si vero terminus ad probandum sit assignatus à Judice, procedunt quæ dicta sunt in contrarium: terminus enim juris potentius excludit, quam terminus hominis.*

25 Paz, *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *n.* 47. *Si vero testes fuerint producti, et jurati in termino, examinari poterunt elapso termino. Adverte tamen quod in casibus, in quibus testes producti, et jurati intra terminum examinari possunt post terminum, illud procedit in termino à Judice assignato: cæterum in termino ab ipso jure statuto non sufficiet testes esse productos, et juratos in termino; sed etiam intra terminum examinandi erunt.*

26 El Autor de la *Curia Philípica* en la 1. *part. del Juicio Civil*, §. 16. *n.* 19. dice: «Habiendo término probatorio señalado, despues de pasado no »se pueden presentar testigos, como »consta de una ley de Partida, aunque

»se pueden examinar los presentados »en tiempo, haciéndose ántes de la »conclusion, en el término de la publi- »cacion: lo qual se entiende, quando »el término se dió solo para probar, ó »quando se dió menor del que á lo »mas el estatuto, ó ley dispone.»

27 La diferencia que se observa en las opiniones referidas y en sus fundamentos pondrá en confusion no solo á los que se dedican y tratan de instruirse en la práctica, sino tambien á los que la han ejercitado muchos años, así porque no siempre hay tiempo para que los abogados y jueces se detengan en reconocer y combinar las razones de los autores, como porque no siempre alcanzan á discernir cuales sean mas poderosas, y es de grande ventaja remover estos embarazos, poniendo una resolucion positiva á la cuestion indicada con las razones sólidas y sencillas en que se funda.

28 La retrotraccion á que recurre Acevedo queriendo unir el tiempo del juramento que hacen los testigos dentro del término probatorio, y el de sus declaraciones que se reciben y extienden despues de él, no se funda en ley ni en razon: porque la inventada retrotraccion es una ficcion traslativa de los tiempos, que no puede introducirse sin ley expresa auxiliada de la equidad y necesidad que la excite en beneficio de la causa pública. Este es el sentir uniforme de los autores: Carlev. *de Judiciis*, *tít.* 3. *disp.* 23. *n.* 12.; Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 31. *et in tract. de Retention. part.* 2. *cap.* 17. *n.* 52. *vers. Nec dicatur:* Gomez, *Var. resol. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 3. *vers.* 3.; y en la *ley* 45 *de Toro n.* 23. *y* 93. con otros muchos.

29 ¡Adónde pues está la ley que permita jurar los testigos dentro del término señalado por el juez, y recibir sus declaraciones despues de pasado! ¡Ni adónde hallan la razon de equidad y urgente necesidad en beneficio de la causa pública que obligue á inventar el remedio de la ficcion, que es el mas singular y extraordinario de los derechos! ¡Y cómo se podrán unir dos tiempos tan distantes en su naturaleza, siendo el del juramento hábil y el de la declaracion inhábil! A la verdad que esto no puede caber en la ficcion, la cual siempre debe imitar á la naturaleza, como se demuestra por unos principios constantes en todos los casos que pueden recibir semejantes ficciones.

30 Los hijos naturales se legitiman por el matrimonio subsiguiente, porque pudo contraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, siendo los dos tiempos hábiles; y por esta causa y la notoria equidad á beneficio de los hijos y de la causa pública, permite y autoriza la ley la union de los dos tiempos: *ley* 1. *tít.* 13. *Part.* 4.; *ley* 9. *tít.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 5. lib. 10. de la Nov. Recop.) Lo contrario se dispone cuando el uno de ellos no es de igual naturaleza y aptitud, como sucede en los incestuosos, adulterinos, y los demas que nacen de dañado y punible ayuntamiento: *cap.* 1. *et* 6. *ext. Qui filii sint legitimi:* Gonz. *en su Comentario:* y el señor Covarr. *de Matrimon. part.* 2. *cap.* 8. §. 2.

31 La *adicion* de la herencia en el heredero extraño se retrotrae y une á la muerte del testador por efecto de la ficcion traslativa, que introduce la ley cuando en los dos tiempos de la muerte del testador y de la *adicion* era capaz el heredero de ser instituido, y de adquirirla. La equidad y necesidad de este caso es tambien notoria, como se expresa en la *ley* 22. *tít.* 3. *Part.* 6. y en el §. 4. *Institut. de Hæred. qualitate, et differ.* y lo explica allí Vinnio, descubriéndose la utilidad pública en unir estos dos tiempos para que no se interrumpiese el dominio y posesion de los bienes, que no puede estar pendiente ni un solo momento segun la opinion y fundamentos del señor Molina, *de Primog. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 10. y del señor Larrea *decis.* 51. *n.* 32.; y para que pudieran continuarse los efectos de la usucapion que empezó en el difunto, y continúa en el heredero por haberse unido la posesion de uno y otro por medio de la ficcion indicada.

32 Paz y el autor de la *Curia Philípica* en los lugares citados no dan

razon de su sentencia; y Diego Perez la reduce á la cláusula última del número referido: ibi: *Terminus enim juris potentius excludit, quam terminus hominis.* No explica, ni aun señala Perez en qué consiste la mayor fuerza que atribuye al término de la ley sobre el del hombre, y esta vaga autoridad dificulta la inteligencia, ó la pone en grande confusion.

33 A mí me parece que podia evitarse la oscuridad que producen las opiniones referidas y las razones en que se fundan reduciéndolas á una muy sencilla, natural y sólida; y consiste en que el término de prueba menor que el de la ley usando del prudente arbitrio, que dispensa al juez la *1. tit. 6. lib. 4.* (Leyes 1. y 3. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.), procede de un auto interlocutorio, cual es el de prueba; y como este puede reformarse por el mismo juez que le dió, ya lo haga por palabras prorogando el término, ó por hechos que induzcan iguales efectos, se convence con toda evidencia que cuando el juez recibe el juramento á los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba, que se supone ser menor que el de la ley, y reserva recibir las declaraciones despues de él, se entiende que lo proroga por el tiempo que sea necesario para concluir aquella probanza, y por este medio ordinario puede extenderle al que señala la ley. En resúmen viene á concluirse que cuando el juez recibe el juramento á los testigos, y reserva sus declaraciones, alza y remueve el término primero, y deja sin embarazo el de la ley como si hubiera empezado con él: porque el juramento y exámen es un solo acto que empieza en el juramento, y acaba en la declaracion, y está bien descubierto el ánimo del juez en apartar todo impedimento para continuar y concluir el acto empezado en el mismo tiempo hábil dentro del término de prueba, que es el de la ley, alzando el de la restriccion que habia puesto él mismo en el concepto de que seria suficiente, y no lo fué segun se supone.

34 Podrá preguntarse oportunamente en este lugar si el último dia de los ochenta señalados por la ley para hacer la prueba excluye por sí solo y con tal eficacia la intencion de los litigantes que si pretendiesen pasado dicho término hacer probanza antes de la publicacion de las ejecutadas dentro de aquel tiempo, pueda y deba el juez de la causa repeler de oficio la pretension, negando la audiencia sobre ella, ó si ha de concurrir ademas del lapso de los ochenta dias contradiccion de alguna de las partes, ó instancia para que sin retardacion se dé curso á la causa con la publicacion de probanzas.

35 La disposicion literal de la citada *ley 1. tit. 6. lib. 4.* (Leyes 1. y 3. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) hace la prueba mas expresiva y concluyente de que solo el lapso del término señalado en ella cierra enteramente el paso á cualquiera instancia de hacer probanza fuera de él: *ibi:* «Y que no »los puedan alargar, y que esto sea »por todos plazos, y término perento»rio: con apercibimiento que no les sea »dado otro término, ni éste les sea »prorogado, ni gelo puedan prorogar, »ni alargar.»

36 El simple señalamiento de los ochenta dias contiene con igual fuerza y efecto dos partes dispositivas: una es la facultad de probar dentro de él, y otra la prohibicion de hacerlo fuera. El que no usa del tiempo que le concede la ley, se entiende que le renuncia, y abusando de su indulgencia, no pude implorar su nuevo auxilio, ni venir contra su propio hecho: Salgad. *de Regia part.* 3. *cap.* 9. *n.* 227. *cum ibi relatis: cap.* 10. *ext. de Immunitat. Ecclesiar.: leg.* 13. *Cod. de Non numerat. pecun.: cap.* 10. *extr. de Probationib.:* Vela, *dissert.* 38. *n.* 17.

37 La calidad de ser perentorio y por todos plazos el término de los ochenta dias, y la de repetirse tantas veces la prohibicion de que el juez no le pueda alargar, ni dar á las partes otro término, apercibiéndole en caso de contravencion, manifiestan mas vivamente la intencion del legislador en que se hiciese la probanza dentro de este término, y que no pudiera admitirse fuera de él (*ex late traditis à*

Castill. *lib.* 4. *cap.* 52.), y entonces queda desde aquel punto privado el juez de todo arbitrio, y ligadas las manos para relajar la ley, cuya observancia y cumplimiento debe solicitar y llevar á efecto por su oficio como ejecutor de ella, siendo conforme á estos principios que la probanza que recibiese el juez pasado dicho término estando tan clara la prohibicion de la ley, sea *ipso jure* nula.

38 El enunciado término fué reducido á los ochenta dias por todos plazos y en calidad de perentorio para atender á la brevedad y conclusion de los pleitos, que es uno de los primeros objetos de las leyes, como lo es la utilidad pública á que se dirige. Por esta razon es de notar que en el mismo *tít.* 6. *del lib.* 4. se une á los términos de las pruebas la conclusion de los pleitos, y en esto se indica bastantemente que ella es el fin de los términos que la proceden, y que ni las partes ni el juez pueden obrar contra él, embarazando el progreso de los autos con probanzas de testigos pasado el tiempo en que pudieron hacerlas.

39 La fuerza del tiempo limitado y la nulidad que influye en todo lo que despues de él se hace, estan uniformemente demostradas en todos los casos semejantes de que tratan las leyes.

40 En la *ley* 34. *tít.* 16. *Part.* 3. se propone el caso de haber alguna parte presentado testigos en juicio para probar su intencion, solicitando que por ellos, y sin querer usar de otros, diese el juez su sentencia; y despues de esta expresa renuncia desea presentar nuevos testigos, y la ley los admite bajo de ciertas calidades: la primera que los testigos recibidos antes no hayan sido abiertos ó publicados: la segunda que jure la parte que no sabe lo que dijeron los suyos ni los otros que habia dado su contendor; y la tercera que no fueren pasados todos los plazos en que habia poderío de probar, y repite: «Mas si los plazos fuesen pasados, non gelos deven despues rescebir. Salvo ende carta, ó instrumento. Ca esto bien gelo puede rescebir ante de las razones cerradas.»

41 Esta última condicion de la ley contiene tres partes: una positiva por la cual permite presentar nuevos testigos y continuar su prueba dentro de los plazos en que habia poderío de hacerla: otra negativa prohibiendo la presentacion y exámen de testigos pasados los plazos que señalan las mismas leyes para la prueba, que es lo decisivo de la cuestion propuesta; y la tercera parte consiste en la excepcion con que acaba la ley, *Salvo ende carta, ó instrumento*, la cual es otra especie de prueba que confirma la regla en contrario.

42 El remedio de la tenuta, que nace de la ley de Toro acerca de los bienes de mayorazgo, es privativo del Consejo, y tiene dos tiempos perentorios, uno para introducirle, y otro para acabarle. El primer término es de seis meses contados desde la muerte del tenedor del mayorazgo, y posesion tomada por alguno que pretenda suceder en él: *ley* 9. *tít.* 7. *lib.* 5.: Paz, *de Tenut. tract.* 1. *c.* 16.

43 Si pasado el referido término de los seis meses viniere alguno al Consejo solicitando por el remedio de la tenuta la declaracion de haberse transferido en él la posesion civil y natural por ministerio de la ley de Toro, y que en su consecuencia se le mande dar la real, corporal, *vel quasi*, con recudimiento de frutos, que es la forma de este remedio singularísimo, no será oido ni admitida su instancia, porque feneció su accion en el último momento de aquel tiempo sin poder recobrarla por el privilegio de la restitucion ni por otro medio alguno. Tal es la exclusiva de este término: *ex dict. leg.* 9. *tít.* 7. *lib.* 5. *Recop. in fin.*: Paz, *de Tenut. cap.* 17.: Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 60. *et* 61.

44 El segundo término es de cincuenta dias igualmente perentorios, sin que se pueda prorogar mas; dentro del cual las partes digan y aleguen, prueben y presenten lo que quisieren; y luego se vea el dicho pleito: *la misma ley* 9. *tít.* 7. *lib.* 5.

45 Cuando se cometian estas instancias por el Consejo, mandaba al juez que en comenzando á entender en el negocio asignase término de cin-

cuenta dias á las partes por todos términos y plazos, y que no se pudiera prorogar ni alargar por ninguna manera ni causa, si no que dentro de él los oyera, y las partes ante él dijeran y alegaran, y presentaran los mayorazgos y otros títulos, escrituras y probanzas que quisieran; y hecho y concluso el negocio dentro de los dichos cincuenta dias sin otra conclusion ni prorogacion mas para determinarlo, se trajese ante los del Consejo, y traido se viese y determinase luego sin haber, ni dar lugar á otra alegacion ni probanza.

46 En las dos partes de la citada *ley* 9., y en los dos modos de sustanciar el juicio de tenuta, estan reducidos los oficios de las partes á los estrechos límites de los cincuenta dias señalados; y desde aquí empiezan inmediatamente los del juez y del Consejo, que son incompatibles con aquellos, y tienen su objeto determinado, lo cual procede no solo cuando los juicios de tenuta estaban reducidos á la material tenencia de los mayorazgos, sino tambien despues que se amplió su efecto á la posesion de ellos remitiéndose á las audiencias tan solamente cuando á la propiedad: *ley* 10. *tít.* 7. *lib.* 5. (Ley 3. tít. 24. lib. 11. de la Nov. Recop.)

47 Para decir de nulidad de la sentencia estan señalados sesenta dias; y si dentro de este tiempo no lo dijeren las partes, no son oidas despues: *ley* 2. *y* 3. *tít.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 3. y 23. tít. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.)

48 Para apelar de la sentencia estan señalados cinco dias contados desde que se diere y viniere á noticia de las partes; y pasados sin usar de este remedio queda desde allí la sentencia ó mandamiento firme: *ley* 1. *tít.* 18. *lib.* 4. (Ley 1. tít. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Pueda apelar hasta cinco dias, »desde el dia que fuere dada la sen»tencia, ó rescibió el agravio, y vinie»re á su noticia:» *ley* 4. *del mismo tít. y lib. in fin.* (Ley 5. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Que se pueda alzar »hasta quinto dia despues que le fuere »notificada:» *ley* 7. *del mismo títul. y lib.* (Ley 2. tít. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.), siendo todo efecto del curso del tiempo aun en un derecho y facultad tan favorable y recomendable como es la apelacion.

49 Los nueve dias concedidos para poder sacar por el tanto los bienes vendidos, en los casos que lo permiten las leyes, corren con tal impulso que el último momento de ellos excluye todo el derecho y facultad de retraerlos, sin que pueda recobrarse por el remedio de la restitucion en los menores ni en otras personas privilegiadas: *ley* 7. *y* 8. *con otras del tít.* 11. *lib.* 5. (Leyes 1. y 2. tít. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.)

50 El remedio de la lesion en las ventas que se hacen en mas de la mitad del justo precio, ó en tan ínfimo que no llega á la mitad, tiene tambien prescripto el término de cuatro años contados desde el dia en que fueron hechos los contratos; y el curso de este tiempo excluye igualmente la accion, y la deja desde aquel momento extinguida: *ley* 1. *tít.* 11. *lib.* 5. *in fin.* (Ley 2. tít. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.) «Del dia que fueren hechos fasta en »quatro años, y no despues.»

51 Bastan estos ejemplares, á que pudieran añadirse otros muchos, para convencer con demostracion el influjo que tiene el tiempo y su curso cuando lo ponen las leyes sin necesidad de auxiliarse con los oficios de las partes ni del juez, porque son mas vivos y eficaces los de las mismas leyes.

52 En contrario de lo que se ha expuesto hasta ahora en prueba de la conclusion antecedente hacen al parecer bastante fuerza las proposiciones siguientes: primera que el juez debe trabajar para descubrir por todos los caminos posibles la verdad y la justicia, que es el término de los juicios, sin detenerse en formalidades escrupulosas, ni aun en las que tocan en la sustancia del órden: *ley* 34. *tít.* 16. *Part.* 3. «E esto es porque los Judga»dores siempre deben ser apercebidos »para puñar de saber la verdad por »quantas partes podieren:» *ley* 10. *tít.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 2. tít. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.): segunda

que la prueba de testigos es el mejor medio y mas frecuentemente usado en los juicios para llegar á descubrir la verdad y la justicia, y rara vez se logra igual prueba por instrumentos, siendo consiguiente á estos dos principios otro igualmente cierto, cual es que las pruebas y los medios de hacerlas no se han de estrechar ni limitar, antes bien se deben facilitar proporcionándolas al modo y tiempos en que puedan darse, atendida tambien la calidad de la causa, de donde resulta admitir probanzas imperfectas, reunir indicios y presunciones, y darles valor en los casos secretos y de dificil prueba, todo con el fin de averiguar por los medios posibles la verdad y la justicia.

53 Los términos que señalan las leyes para hacer las probanzas, sirven principalmente para no dejarlos al arbitrio indefinido de las partes, y prevenir la malicia con que podrian dilatar considerablemente las causas en gran daño del estado; pero si pasados dichos términos se ofrece la parte á probar incontinenti los hechos en que funda su intencion, no se puede concebir malicia ni daño considerable en la dilacion del proceso, que es la segunda proposicion.

54 La tercera de las proposiciones que hacen fuerza contra lo expuesto á favor de la enunciada conclusion es que no se presume que las partes quieran abandonar ni perder los derechos y bienes que litigan, como sucederia si omitiesen de intento hacer su prueba en tiempo y forma, porque en ello consiste toda la fuerza de la verdad, sin la cual perderia necesariamente su derecho; y es preciso creer que tuvo alguna justa causa que le impidió hacer su prueba en el tiempo señalado por la ley; y estando á su favor esta presuncion no parece justo gravarla con la necesidad de probar el impedimento, pues le seria costoso, dificil y á veces imposible.

55 La cuarta proposicion igualmente contraria á la conclusion establecida es que presentar los testigos pasado el término de los ochenta dias, pero antes de publicarse los que se habian examinado dentro de él, es un acto que aprovecha á la parte que solicita hacer entonces su prueba, y no perjudica á las contrarias, respecto á que no lo contradicen, ni es de temer soborne á los testigos ignorando los recibidos en el término ordinario, pues se supone no haberse publicado, ni se detiene por tiempo considerable el curso de la causa: porque el juez puede señalar á su arbitrio prudente un término breve para que la parte presente y sean recibidos sus testigos, y proceder despues á la publicacion de unos y otros.

56 Al contrario sucederia si no defiriese á la presentacion y exámen de testigos de la parte que no ha hecho prueba en el término de la ley, porque sin ella pereceria su justicia con grave daño de sus intereses, lo cual resiste la equidad de las leyes; y para no caer en esta especie de iniquidad moderan su rigor en casos de mas estrecha prohibicion: uno de ellos, y acaso el mas controvertido, se deduce de la *ley 2. tít. 20. lib. 4. de la Recop.* (Ley 7. tít. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) en la que dando forma y órden á los juicios de segunda suplicacion se dispone que los jueces nombrados «las »vean, y determinen de los mismos au»tos del proceso, sin rescibir escrito, »ni peticion, y sin dar lugar á otras »nuevas alegaciones, ni probanzas, ni »escrituras, ni dilaciones, ni pedimen»tos por via de restitucion, ni en otra »manera alguna.»

57 Á vista de una ley que apura tanto la brevedad, y reduce el conocimiento de los jueces á los autos del proceso formados en las anteriores instancias, excluyendo con eficaz repeticion las probanzas y escrituras por via de restitucion ni en otra manera alguna, fueron de sentir muchos autores que no debian admitirse nuevos instrumentos en este singularísimo juicio, aunque jurasen las partes haber llegado nuevamente á su noticia; pero otros de grave y superior nota, cuya opinion se halla autorizada con la práctica y observancia del Consejo, fueron de dictámen que cuando los nuevos instrumentos que se presentan con el

juramento indicado, manifiestan claramente la justicia de la parte, deben ser admitidos para no caer en la iniquidad de ver perecer la justicia y la verdad, á lo cual no podia haberse opuesto la citada ley ni otra alguna: Maldonado, *de Secund. Supplicat. tít.* 6. *q.* 5. *per tot. ubi plura videbis.*

58 Son de notar dos diferencias entre la proposicion antecedente y el caso deducido de la citada *ley* 2. *tít.* 20. *lib.* 4. la una que la instancia ó juicio de que trata esta ley es el último, y no queda recurso para mejorar la intencion de las partes con otra prueba, lo que no sucede con las primeras instancias de que se va tratando en este capítulo: porque en las de apelacion puede la parte enmendar su omision probando con instrumentos y testigos lo que no probó en el anterior juicio: *ley* 1. 2. 3. *y* 4. *tít.* 9. *lib.* 4. (Ley 4. 5. 6. títul. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)

59 La segunda diferencia consiste en que la citada *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 5. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) no recibe prueba de testigos sino de instrumentos con la calidad y juramento insinuados; y no de cualquiera instrumento sino de aquellos que á primera vista manifiesten la justicia de la parte de un modo que no admita probable impugnacion.

60 En satisfaccion de estos dos reparos se debe tener presente que las probanzas se hacen en las primeras instancias sobre artículos en que fundan las partes su intencion; y como son por lo comun contrarias las pretensiones, viene á resultar que hecha la probanza de testigos por alguna en primera instancia, queda la otra impedida de hacer la suya en la segunda, porque se prohibe ejecutarla sobre los mismos artículos ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fueron traidos ó recibidos testigos; y así viene á ser última instancia para la parte que no pudo probar en la primera, pues no le queda otra en que hacerlo, mirando desde aquel punto desamparada su justicia, y que necesariamente ha de perecer. La razon de esta prohibicion la expresa la misma ley, y consiste en el temor de que los testigos sean sobornados, y se hagan pruebas falsas, como habia acreditado la experiencia en los tiempos pasados, cuando se recibian las partes á prueba generalmente en grado de apelacion ó suplicacion.

61 La presentacion de instrumentos es permitida pasado el término de la prueba y aun despues de publicados los testigos hasta la conclusion de la causa, porque no admiten la sospecha de ser alterados, á que estan expuestos los testigos cuando se buscan y presentan despues de publicadas sus deposiciones. Lo único que recelan las leyes en la presentacion de instrumentos es la malicia de haberlos reservado para irlos produciendo separadamente en el progreso de la causa con el fin de dilatarla, omitiendo usar de ellos cuando debian ejecutarlo, y en los plazos que estan señalados: *ley* 1. *tít.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 3. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Y si entiende »que puede probar su demanda por es»crituras, las presente luego con la in»formacion de caso de Córte:» *ley* 2. *del mism. tít. y lib. in fin.* (Ley 2. tít. 3. lib. 11. de la Nov. Rec.) «Y paresciendo los »reos en quanto á la presentacion de »las escrituras, que oviere de presen»tar para su defensa, se guarde lo que »de suso está declarado que ha de fa»cer el actor» *ley* 1. *y* 2. *tít.* 5. *lib.* 4.: *ley* 1. 2. *y* 3. *tít.* 9. *lib.* 4. (Leyes 4. 5. y 6. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) Para purgar la sospecha de esta malicia sirve el juramento de haber llegado nuevamente á su noticia, al cual se defiere por ser la única prueba que puede admitir el pensamiento y dictámen á que se refieren; y aun sin el juramento que prescriben las leyes, se admiten los instrumentos antes de la conclusion conforme á la práctica de los tribunales.

62 Los testigos que se presentaren pasado el término ordinario de la ley estando cerradas, y sin publicar las probanzas, estan igualmente libres de todo recelo de que sean sobornados por la parte que los produce; y conviniendo en este punto con los instrumentos parecia que debian admitirse

en el tiempo indicado antes de la publicacion de las probanzas; pero como estando ejecutadas las de alguna parte, aunque no se hayan publicado legalmente en el proceso, han podido llegar por otros medios á noticia del que quiere despues presentar testigos, conviene que purgue estos recelos, jurando que no sabe lo que dijeron los que habia presentado antes ni los otros que habia dado su contendor, como lo hacen las partes que pasado el plazo señalado por el juez, pero dentro de los de la ley, quieren aumentar sus probanzas: *ley* 34. *tít.* 16. *Part.* 3. Y aun podia añadirse que jurase no haber dilatado por malicia hacer su probanza en el término de la ley, y que creia probar su intencion con los testigos que presentaria, y en su defecto pagaria á la parte contraria las expensas y perjuicios que por la dilacion padeciere, á semejanza de los que piden término ultramarino para presentar testigos: *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. (Ley 3. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) Con superior razon debian ser examinados los que presentase la parte pasado el término de los ochenta dias, si á las calidades del juramento próximamente indicadado añadiese bajo el mismo juramento alguna de las siguientes: que los testigos que intenta presentar no estaban en la tierra en donde pendia el pleito, cuando corrió el término de los ochenta dias, ó que no se acordó de éllos entonces, aunque estuviesen en el propio lugar ó en sus inmediaciones: *ley* 39. *tít.* 16. *Part.* 3.

63 Los términos de esta ley son más estrechos que los motivados en la cuestion propuesta; pues suponiendo por regla que publicados los dichos de los testigos no pueden despues producirse otros sobre aquella misma cosa en que fueron examinados los primeros, propone por limitacion el caso siguiente: si alguno, aunque hubiese hecho prueba de testigos en primera instancia, no probó con ellos cumplidamente su intencion, y por lo mismo fué condenado, alzándose de esta sentencia puede presentar en la segunda instancia otros testigos sobre los mismos artículos de la anterior, haciendo el juramento que prescribe la citada ley, reducido á que no lo hace por engaño, ni por malicia, ni por alongamiento, sino porque los testigos que ahora quiere presentar no estaban en la tierra, ó no se acordó de éllos para presentarlos.

64 La circunstancia de tratarse de recibir estos nuevos testigos sobre los mismos artículos en segunda instancia no debilita el concepto de que en la primera antes de la publicacion de los testigos, y aun despues de hecha, pudieran recibirse con el prévio juramento indicado: porque el permitirse por la citada ley en la segunda instancia es efecto consiguiente al estado de la causa que refiere, pues supone estar dada la sentencia, y entonces ningun recurso queda á la parte ante aquel judgador que acabó su oficio, y es necesario habilitar al superior por medio de la apelacion; pero cuando juez el de primera instancia tiene toda su jurisdiccion expedita, y quiere alguna parte ampliar su probanza, ó hacerla de nuevo pasado el término de la ley bajo del juramento y calidades explicadas, correrá con mayor razon la indulgencia y disposicion equitativa de la misma ley.

65 Con estas precauciones queda igual la presentacion de instrumentos y la de testigos y su exámen antes de la publicacion, y socorridos los litigantes por estos dos medios de pruebas en la defensa natural de su justicia. Esta proposicion puede confirmarse con la *ley* 37. *tít.* 16. *Part.* 3., pues dejando prevenido lo conveniente acerca de la publicacion de los testigos, continúa con la siguiente disposicion: «É despues que los dichos de los testi»gos fueren así publicados, si alguna »de las partes quisiere despues desto, »aducir otras pruevas, para provar »aquella cosa misma en que avian di»cho los primeros, non gelas deve el »Juzgador recibir.» Aquí se pone por término exclusivo de nuevas probanzas la publicacion de las antecedentes, repitiéndolo dos veces: *ibi:* «É des»pues:::::: despues desto.»

66 La misma observacion puede hacerse en la *ley* 5. *tít.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 9. tit. 11. lib. 11. de la Nov.

Recop.), cuyo epígrafe, que es un resumen de lo contenido en ella por extenso, dice así: «Que no se pueda hacer probanza en primera instancia, »fecha publicacion.» En el cuerpo de la ley se manda que si los testigos fueren recibidos como deben, y por quien deben, que despues de publicados no puedan ser tomados ni traidos otros en primera instancia.

67 Procede esta doctrina con mayor seguridad cuando la parte contraria no contradice la presentacion y exámen de testigos, pasado el término de los ochenta dias y antes de la publicacion de los recibidos en él; pues sino la pide alguno de los que litigan, no la puede hacer el juez de oficio, y se entiende que consiente en la dilacion que sea necesaria para la prueba que se solicita, prefiriendo la equidad de que se descubra y acredite la verdad, y no perezca la justicia: *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. «Por eso non deve el Judga»dor dexar de publicar los dichos de »los testigos, si la otra parte, que fué »obediente lo demandare.»

68 Por la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.) está señalado el término de veinte dias para oponer y alegar todas otras cualesquiera excepciones y defensiones perentorias y perjudiciales de cualquier calidad que sean; y se dispone que pasado el dicho término de los veinte dias no sea oido ni admitido á las alegar y oponer, salvo que pareciere á los del Consejo y oidores que con juramento de la parte se deben recibir, y que no se alegan maliciosamente, que en tal caso las puedan recibir; pero no probándolas dentro del término que le fuere dado, debe ser luego condenado en las costas del pleito retardado á vista y tasacion de los jueces sin esperar á la sentencia difinitiva.

69 En esta ley se descubre mas la equidad con que procede la legislacion en el señalamiento de los términos judiciales, mirando siempre á precaver las malicias con que procuran las partes alargar los pleitos, indicando esta causa la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4 (Ley 1. tít. 6. lib. 11. de la Nov. Recop.); pero conservando siempre los medios que conduzcan á la sencilla y natural defensa de las partes, con cuyo importante fin mantienen la autoridad y arbitrio de los jueces para que disciernan si proceden las partes de malicia ó de buena fe; pues en este caso les facilitan toda la natural defensa que les es debida, así en proponer nuevas excepciones como en probarlas, conciliando la indemnidad y resarcimiento de los daños, que en su defecto causen, con la dilacion á las contrarias.

70 Aunque por la enunciada ley solo se concede á los jueces el conocimiento y autoridad para admitir nuevas excepciones despues del término de los veinte dias, y no habla del progreso y estado de la causa en que puedan alegarse y proponerse, da motivo esta indefinida libertad para entender que pueden hacerlo hasta la conclusion ó fin de la misma causa.

71 Para ocurrir á esta inteligencia, y determinar la que debe darse en este punto á la citada *ley* 1., conduce la 5. *del propio tít. y lib.* (Ley 1. tít. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.), que se compone de dos partes: en la primera concede á los menores la restitucion *in integrum* si la pidiesen en la primera instancia, para poner sus excepciones nuevas con tal que la piden antes de la conclusion para difinitiva; y en la segunda prohibe á los que no son menores, ni gozan de este privilegio, el que puedan alegar nueva excepcion para ser recibida á prueba despues de la publicacion de los testigos, pero bien podrán alegarla y proponerla, si pudiesen probarla por confesion de las partes, ó por escritura pública, debiendo observarse en esta literal disposicion dos particularidades en confirmacion de la opinion últimamente indicada: la primera que sólo el término de la publicacion de los testigos excluye la propuesta de alegacion de excepciones nuevas y la prueba de testigos que necesiten; y la segunda que pueden alegarlas despues de la publicacion probándolas por confesion de la parte ó por escritura pública, convenciéndose por esta sencilla combinacion que la sospecha recae en los nuevos testigos cuando se quieren

presentar y examinar publicados los dichos de los primeros.

72 Considerados con profunda meditacion los fundamentos expuestos por las dos partes de este artículo, reducido á si pasado el término ordinario de los ochenta dias y antes de la publicacion de las probanzas puede y debe el juez recibir las que ofreciere en primera instancia alguna de las partes, hacen bastantemente embarazosa la resolucion, y la dejaria al juicio de otros que supieran discernir mejor que yo la fuerza de las doctrinas explicadas; pero estimulado de la obligacion y del deseo con que escribo estas *Instituciones prácticas* de facilitar la debida instruccion, me resuelvo á decir que yo adopto los principios naturales de equidad y buena fe en abrir la mano á descubrir y calificar la verdad y la justicia por todos los medios que no traigan graves inconvenientes en dilatar los pleitos por malicia, y causar considerables perjuicios á las partes; y precavidos estos dos extremos con el juramento y demas calidades que previenen las leyes, y se han reunido en sus casos, no hallaria reparo en admitir y examinar los testigos que se presentasen pasados los ochenta dias, y antes de la publicacion de probanzas, haciéndose con citacion de la parte contraria y dentro de un breve término, que no produjese considerable dilacion.

73 Cuando los testigos se hallan fuera del lugar y jurisdiccion en donde reside el juez de la causa, da comision al que lo es de aquel territorio en donde estan los testigos para que precedido juramento les reciba sus declaraciones, y las remita autorizadas al mismo juez de la causa.

74 Á esta providencia general dieron motivo los abusos notorios, y repetidos que cometian los comisionados, que frecuentemente despachaban con jurisdiccion los jueces propietarios de las causas para que entendiesen en las probanzas que se habian de hacer fuera del territorio de su jurisdiccion en averiguaciones de delitos y otras diligencias, convirtiendo estos comisionados su oficio en propio intereses y grangería con gran menoscabo de la justicia y daño universal del estado; y para ocurrir con el oportuno remedio, que refiere y contesta la *ley* 31. *tít.* 21. *lib.* 4. *Recop.* (Leyes 8. y 10. tít. 29. y 5. lib. 11. y 7. de la Nov. Recop.), ordenó y mandó: «Que ningun Consejo, Tribunal, Chancillería, Audiencia, Comunidad, Universidad, ni persona particular de qualquier estado, calidad, ó condicion que sea, ó por qualquier título, causa, ó razon, no puedan embiar, ni embien á ninguna parte de estos nuestros Reynos ningun Juez de comision ni tampoco executar, ni otra qualquiera persona con jurisdiccion, comision, instruccion, ni en otra forma, á costa de las partes, ni en otra manera:::::: y que todos los negocios, y causas que se ofrecieren, en los quales sea necesario dar comision á persona particular, así de probanzas, averiguaciones, cobranzas, execuciones, notificaciones, citaciones, como de otras qualesquiera diligencias, para las quales hasta ahora se han embiado personas, se remitan de aquí adelante á las Justicias Ordinarias de la Ciudad, Villa, ó Lugar donde se uvieren de hacer; y si por alguna consideracion, ó causa padecieren excepcion se remitiran al Realengo mas cercano.» Lo mismo se ratifica en los capítulos 1. y 2. de la propia ley.

75 En la 25. *tít.* 22. *lib.* 2. se manda que no se cometa la probanza á receptor, salvo cuando las partes lo pidieren, y conviniere, y que no lo pidiendo se cometa á los escribanos de los pueblos donde se hubiere de hacer. Y se conforman con estas disposiciones las *leyes* 68. *y* 69. *tít.* 4. *lib.* 3.: y el *auto acordado* 21. *tít.* 2. *lib.* 2.: y las *leyes* 13. *y* 15. *tít.* 21. *lib.* 4.: la 10. *tít.* 17. *lib.* 5. *de la Recop. ibi.* (Ley 7. tít. 32. lib. 12.: y las 1. y 2. tít. 29. lib. 11.: y 11. tít. 31. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Salvo por los Alcaldes Ordinarios de los Lugares.

76 A los daños que refieren estas leyes y enmendaron con la reforma de los comisionados y receptores, correspondieron grandes ventajas en lo ge-

neral del estado. Los comisionados, desde que salen de sus casas hasta que vuelven á ellas, ganan sus salarios á costa de los litigantes, y esto lo hacen los mas íntegros y desinteresados; pues los que no lo son, que acaso será la mayor parte, quedan poco satisfechos con ellos si no los traen enteros á su domicilio.

77 Para dar principio á la comision deben manifestarla á la justicia del pueblo, y esperar su cumplimiento, quien rara vez le da sin la molestia de pedir copia certificada de la comision, y consultarla con asesor, causando á las partes este nuevo gasto, y el que está haciendo entretanto inútilmente el comisionado. Aunque la comision sea de letras, recaen las mas veces estos encargos en abogados que no tienen establecimiento seguro, ó son poco concurridos sus estudios, y obligados de la necesidad toman estos oficios saltuarios, y los pretenden con importunidad, haciendo despues grangería de su duracion, y dilatando las diligencias mas tiempo de lo necesario para concluirlas.

78 En el nombramiento de estos comisionados tiene mucho influjo la parcialidad y el interes de los criados y subalternos de los jueces y ministros que los envian, y se asegura mejor este partido en los que son de superior graduacion, quienes rara vez conocen á los tales comisionados, si no que defieren á los informes que les hacen de ellos.

79 En los jueces realengos y justicias ordinarias estan preservados estos daños; pues si los nombra el rey á consulta de la cámara, ó del Consejo de las Ordenes en en los de su territorio, llevan la aprobacion de tan respetables tribunales en su literatura y conducta; y si los nombran los mismos pueblos por tolerancia, prescripcion y costumbre, tienen á su favor el consentimiento de los capitulares electores en representacion de los demas vecinos sobre un conocimiento práctico de su celo y capacidad.

80 Todos estos jueces y justicias ordinarias, de cualquier modo que sean elegidos, reciben del rey toda su autoridad y jurisdiccion, con la condicion precisa de que se ayuden mútuamente en los oficios de mantener los pueblos en paz y en justicia: *ley* 2. *y* 16. *tít.* 4. *Part.* 3.: *ley* 1. 2. *y* 5. *tít.* 1. *Part.* 2.: *ley* 2. *tít.* 10. *Part.* 2. Marquez, en su *Gobernador Christiano*, *lib.* 1. *cap.* 19. *pág.* 233. tratando largamente del oficio de los reyes en la administracion de justicia, sienta que la imposibilidad de hacerlo por sí solos en los grandes estados es la causa de encomendarla á otros ministros, á quienes encarga parte de su solicitud, sin desprenderse del cuidado de velar sobre sus operaciones, y de corregir las que no sean conformes á las soberanas intenciones de S. M.; y para que puedan cumplir mejor sus encargos sin emulacion y competencias, les divide y señala territorios, cuyos límites son los muros de su jurisdiccion; y cuando hayan de usarla fuera de ellos, piden el auxilio de los jueces propios, recordándoles á nombre del rey la obligacion de ayudarse mútuamente en los importantes fines indicados: *ley* 1. *tít.* 29. *Part.* 7.: «E el Judgador del lugar do quiera, que fuere fallado el malfechor, despues que la carta rescibiere, develo facer así, maguer non quiera:» *ley* 2. *tít.* 16. *lib.* 8. *de la Recop.* (Ley 5. tít. 18. lib. 12. de la Nov. Recop.) «Sea tenudo de lo entregar por requisicion del Juez del delito, ó del Juez del deudor, so las penas contenidas en las leyes sobre esto hechas:» *ley* 3. *del mismo tít. y lib.* (Ley 1. del mismo tít. y lib.) «Embiándoselo á requirir los Alcaldes, que diéron la sentencia, que sean tenudos los dichos Alcaldes, y Oficiales del Lugar donde estuviere, de lo prender, y prendan, y embien preso, y bien recaudado á los Alcaldes, y Jueces del Lugar, donde así hizo el maleficio.»

81 Del uso de expedir estas requisitorias admitidas por práctica general en todos los tribunales seculares, y del pronto auxilio y ejecucion que respectivamente deben dar los jueces para no entorpecer, ni dilatar la administracion de justicia, sin la cual no es posible mantener la paz y felicidad del

reino, trataron con solidez y extension los autores de mas respetable opinion, conviniendo todos en que para hacer cumplir las requisitorias, cuando las resisten ó dilatan los jueces requeridos, se recurre al Consejo ó á las chancillerías y audiencias, por ser caso de córte en que interesa el beneficio general del estado; y con un conocimiento instructivo y ligero suficiente á descubrir la mal fundada repugnancia ó dilacion del juez requerido, se manda librar provision para que cumpla efectivamente la requisitoria; y las mas veces se le condena en las costas y en multas á proporcion de la malicia que se advierte: Covarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 7.: Bobadil. *lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 65.; *y lib.* 5. *cap.* 2. *n.* 36.: Carlev. *de Judic. tít.* 1. *disput.* 2. *n.* 38. Larr. *decis.* 82.

82 Esta buena armonía de ayudarse los jueces en el cumplimiento de sus mandatos y ejecuciones de la justicia no solo es necesaria entre los seculares que reciben su jurisdiccion del rey con la precisa condicion ya indicada, sino que tambien se observa por los mismos principios de utilidad pública entre los jueces seglares y eclesiásticos. De la obligacion que tienen los jueces reales de prestar su auxilio á los jueces eclesiásticos en lo que justamente les fuere pedido para el cumplimiento de sus determinaciones, disponen lo conveniente y muy estrechamente las leyes reales, manifestándose en todas el deseo de que no se embarace la justicia que deben hacer los eclesiásticos, cuando su autoridad no alcanza á hacerse obedecer: *ley* 14. *y* 15. *tít.* 1. *lib.* 4.: y la 6. *tít.* 4. *lib.* 1. (Ley 4. y 12. tít. 1. lib. 2.: 9. tít. 1. lib. 2. y 6. tít. 12. lib. 12. de la Nov. Reeop.): Cobarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 1. *vers. Eadem ratione:* Carlev. *de Judic. tít.* 1. *disp.* 2. *n.* 40.: Perey. *de Man. reg. lib.* 2. *tít.* 8. *cap.* 52. *n.* 32.

83 Estos autores que trataron bien del asunto observaron una diferencia notable entre los referidos jueces, atribuyendo á los eclesiásticos la autoridad de compeler con censuras á los seglares, que resisten ó dilatan prestar el auxilio que les piden: *cap.* 4. *ex. de Immunitat. Ecclesiar.*: *cap.* 4. *dict. tít. in Sext.;* pero en iguales circunstancias imponen á los jueces seglares requirentes la necesidad de recurrir á los superiores del mismo juez que dilata, ó niega el auxilio que se le pide.

84 Aunque el señor Covarrubias advirtió la diferencia indicada, no dió razon de ella. Carleval en el lugar citado se explicó, para autorizar y fundar esta diferencia, en los términos siguientes: *Cujus discriminis ratio est, quia secularis judex obsequendo, ecclesiasticus vero solum patrocinando, hujusmodi auxilium impartitur;* y es lo mismo que decir que el juez seglar está obligado á prestar el auxilio al eclesiástico en todos los casos que se le pida, y sujeto á su jurisdiccion para ser compelido á darlo por medio de las censuras; y que el juez eclesiástico presta por urbanidad y atencion el auxilio que le pide el secular.

85 Esta dotrina procede sobre principios errados: porque la jurisdiccion real en las materias temporales y de gobierno público, que son el objeto de ella, es tan soberana, independiente y sin sujecion alguna á la eclesiástica, como lo puede ser esta en su línea y causas espirituales y del fuero de la Iglesia; y han de llevar la misma correspondencia, á menos que se quiera introducir entre las dos jurisdicciones una sociedad leonina, en que la real esté sujeta al arbitrio y disposicion de la eclesiástica, obligándola con censuras á prestar el auxilio que se la pide, y quedando en libertad la eclesiástica de darle cuando parezca á sus ministros, á menos de recurrir á sus superiores por el medio del auxilio.

86 Concurre tambien en mayor demostracion de que no debe admitirse la disonante diferencia que han introducido los autores citados, la consideracion de los graves daños que este abuso puede producir al estado en diminucion de la jurisdiccion real; pues el temor que conciben los jueces seglares á las censuras, y el escándalo que trae á los pueblos ver á sus magistrados declarados y envueltos en ellas, como inobedientes á la Iglesia, los ha-

los hace caer en una debilidad baja, y aflojar en la defensa de la jurisdiccion que les está encargada, prestando muchas veces el auxilio sin el exámen y discernimiento que les encargan las mismas leyes reales para entender si justamente les es pedido.

87 Para ocurrir á las turbaciones y perjuicios, que los abusos de los jueces eclesiásticos en la imposicion de censuras á los magistrados seculares producian frecuentemente, así en los casos de pedir auxilio como en otros de competencia de jurisdiccion, proveyó el Consejo lo conveniente; y se expidió real cédula en 19 de Noviembre de 1771, previniendo á los jueces eclesiásticos que el uso de las censuras debia ser con la sobriedad y circunspeccion que dispone el santo Concilio de Trento en el *cap.* 3. *ses.* 25. *de Reformat.*; y que si alguno de los jueces reales diese motivo de queja, lo representasen en derechura al Consejo, ó por mano de los fiscales para que se proveyese de remedio, y en caso de no hacerlo, pudiesen representar á S. M. por la via reservada del Despacho Universal para que tomase la providencia que fuese mas justa.

88 Estos medios pacíficos, y de buena correspondencia entre el sacerdocio y el imperio fueron adoptados por muchas Iglesias, especialmente en las controversias excitadas con motivo de las órdenes del Consejo que tratan del conocimiento de las causas decimales, de las que se hace mérito en la citada real cédula de 19 de Noviembre de 1771, y se encarga continúen del mismo modo exponiendo al Consejo cualquier desórden ó mala inteligencia que se hubiere experimentado por parte de las justicias reales, para que allí en vista de los antecedentes pueda tomarse la providencia con el debido conocimiento y formalidad.

89 Esta real resolucion acordada sobre la mas séria consulta del Consejo no introduce novedad alguna en diminucion de la autoridad de la Iglesia y jurisdiccion de sus jueces; antes bien la mejora y conserva en su decoro, precaviendo las resultas que sufrian muchas veces los mismos jueces eclesiásticos en los recursos de fuerza, que introducian los reales cuando se hallaban oprimidos con las censuras, ó cuando las partes solicitaban se suspendiese impartir el auxilio que pedian los jueces eclesiásticos; pues fundándose los reales para suspenderlo ó negarlo en que la causa de que conocian los eclesiásticos no tocaba al fuero de la Iglesia, y que de consiguiente no debia auxiliarse la ejecucion de sus mandamientos y sentencias, se consideraban obligados en defensa de su jurisdiccion á detener el conocimiento que habian tomado los jueces eclesiásticos, recurriendo, cuando estos los amenazaban ó estrechaban con censuras, á los tribunales superiores del territorio en donde reside el juez que comete la fuerza; y con sola esta sencilla exposicion acompañada con poder suficiente se admite el recurso y se expide la provision ordinária para que el eclesiástico remita los autos originales, y que absuelva por cuarenta dias á los que estuviesen excomulgados; y con vista del proceso sin nuevas alegaciones ni escrituras provean lo conveniente acerca de la fuerza.

90 Lo mismo sucede cuando se motiva en el modo de conocer y proceder el eclesiástico, que es otro defecto que puede dar justa causa al secular para no impartir el auxilio que se le pide; y así como en uno y otro caso conoce el Consejo, las chancillerías y audiencias de la violencia que causan los jueces eclesiásticos á la jurisdiccion real, en cuanto oprimen á los jueces seglares y á los vasallos de S. M., anticipó el Consejo igual defensa por el medio indicado en la citada real cédula de 19 de Noviembre de 1771; pues con la representacion de los jueces eclesiásticos y justificacion de los agravios que motivan, sin llegar á la turbacion que causan las censuras, enmienda el Consejo cualquiera desórden de las justicias reales, y les manda prestar el auxilio en los casos que justamente les es pedido.

91 Para no interrumpir con digresiones el principal asunto de que se ha tratado en este capítulo, se omite reunir las leyes que autorizan al rey

y á sus tribunales para defender la real jurisdiccion por medio de los recursos de fuerza, de los cuales trataré separadamente en mas oportuno lugar con aquella solidez y claridad que pide un asunto en que tanto interesa la causa pública.

## CAPÍTULO IX.

### *De la restitucion para probar pasado el término ordinario.*

1 Los menores de veinte y cinco años, las iglesias, el rey, los concejos y comunidades pueden hacer sus probanzas pasado el término de los ochenta dias en uso de la restitucion que les compete.

2 Este beneficio no tiene lugar en los contratos ó juicios, que hayan celebrado ó seguido los mismos menores, ya se hallen en la edad pupilar, ó ya en la pubertad antes de cumplir los veinte y cinco años: porque su nulidad los escusa de todo daño, y estan plenamente socorridos por la ley general: *ley* 4. *y* 5. *tít.* 11. *Part.* 5.: Molin. *de Just. et jur. tom.* 2. *disput.* 573. *n.* 6.: Hermosill. *en la ley* 4. *tít.* 5. *Part.* 5. *glos.* 12. *n.* 42.

3 Cuando los mismos contratos ó juicios se han autorizado por los tutores ó curadores con todas las solemnidades que requieren las leyes para inducir obligacion, quedan sujetos los menores, y pueden ser apremiados á su efectivo cumplimiento, porque así lo dicta el derecho de las gentes y el interes público de la sociedad.

4 Para exonerarse de esta ley comun obtuvieron el singularísimo privilegio de poder reclamar el daño que padecerian si cumpliesen las enunciadas obligaciones; y como no era compatible la subsistencia de ellas con la falta de su cumplimiento, se figura que no han intervenido tales obligaciones, fingiendo que los menores se hallan en el estado y tiempo anterior á ellas, libres y expeditos para consultar sus intereses, y preservarlos de la pérdida que ya habian conocido, absteniéndose de entrar en iguales obligaciones, ya procedan de contratos, ó ya de juicios.

5 Este es el término en que se completa la restitucion *in integrum*; y en él está todo el beneficio que consiguen los menores: *ley* 1. *tít.* 19. *Part.* 6. «*Restitutio* en latin, tanto quiere decir en romance, como demanda de entrega que face el menor al Juez, que le torne algun pleyto, ó alguna postura, que ha fecho con otro á daño de sí, en el estado primero en que ante estaba:» *ley* 2. *y* 3. *del propio tít. y Part.*, conviniendo unánimemente en esta proposicion todos los autores.

6 De estos principios nacen algunas consecuencias demostradas con igual seguridad en este artículo de la restitucion: la primera que este privilegio contiene una derogacion de la ley comun, que recomienda y estrecha el cumplimiento de los pactos y obligaciones de cualquiera causa que procedan; y por este respecto es privativo de los príncipes soberanos dispensar á los menores este privilegio, pues ningun otro puede en todo ó en parte revocar la ley, dispensarla ó declararla: *ley* 14. *tít.* 1. *Part.* 1.: *ley* 3. *tít.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 3. tít. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.)

7 La misma restitucion viene á ser una ley privada á favor de los menores, y en cierta manera pública ó comun, en cuanto obliga á todos los súbditos del príncipe á que la guarden y cumplan; y esta es otra causa que la hace dependiente de la autoridad legislativa: Suarez, *de Legib. lib.* 8. *cap.* 8.

8 La segunda consecuencia consiste en los dos respectos indicados de contener la restitucion derogacion de la ley comun, y formar en sí misma otra ley que debe salir adornada de las precisas calidades de equidad, honestidad y utilidad pública, conciliando la que concurre en los casos y personas particulares, á quienes se concede este privilegio, con la general que debe conservarse en la ley comun: *ley* 49. 50. 51. *tít.* 18. *Part.* 3. D. Thom. *Prim. secund. q.* 97. *art.* 4.: Suarez, *de Leg. lib.* 8. *cap.* 9. *et cap.* 6. *n.* 1. *et cap.* 21.: Covarr. *de Matrim. part.* 2. *cap.* 6. §. 9. *n.* 18.

9 La razon que excitó á los reyes

para conceder á los menores el singular beneficio de la restitucion, fue verlos desamparados del propio consejo por su menor edad, y sujetos necesariamente al de los tutores, curadores, ó defensores. El privilegio llamado de córte, que igualmente se concedió á los menores para llevar sus causas en primera instancia al tribunal superior del reino, ya sean actores ó reos, es uno de los mas exorbitantes; pues rompe las muchas leyes que disponen que el actor siga el fuero del reo, y que se radiquen los juicios en primera instancia ante los ordinarios, en cuyo punto puede verse á Carlev. *de Judic. tít.* 1. *disput.* 2. con otros: *ley* 4. *tít.* 3. *Part.* 3.: *ley* 8. *tít.* 3. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 9. tít. 4. lib. 11. de la Nov. Recop.) Este privilegio se fundó tambien en la misma razon de considerables á los menores por estar sujetos al arbitrio de los tutores y curadores, y expuestos á padecer abandono en sus bienes y opresion en sus personas, tanto de parte de los extraños como de los mismos tutores y curadores: *ley* 20. *tít.* 23. *Part.* 3.: Covarrub. *Practicar. cap.* 6. *n.* 2. *et cap.* 7. *num.* 3. con otros muchos que refiere Salgado, *Labyrint. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 27. *y* 28.

10 Las iglesias y comunidades gozan del mismo auxilio de la restitucion *in integrum* concedido á los menores de veinte y cinco años; y como esta ampliacion del privilegio no pueden tener lugar sin que precedan las causas de equidad, necesidad y utilidad pública, segun queda explicado por regla general en todo privilegio, especialmente en el que se concede contra derecho, es necesario suponer y considerar en las iglesias, en las comunidades y en el rey las enunciadas causas; pero como no cabe la de menor edad, ni puede recurrirse á esta calidad en el rey, iglesias y comunidades, no se descubre otra que justifique su privilegio que la de estar gobernados en la administracion de sus bienes por ageno consejo y arbitrio, como lo estan los menores de edad; pues no pudiendo el rey atender por su persona al cuidado y administracion de sus bienes y derechos, confia este encargo á las personas que elige.

11 Los bienes de las iglesias se gobiernan al arbitrio de sus prelados y cabildos, y los de los pueblos al de los regidores y demas personas de república; y conviniendo en este punto con los menores de edad excitan la compasion y el particular cuidado de los reyes para preservar sus bienes de los daños que padecerian por culpa ó dolo de sus administradores.

12 Es cierto que los tutores y curadores, ya se nombren por los padres de los pupilos en la forma que disponen las leyes, ó ya lo hagan los jueces, se consideran de notoria probidad, inteligencia y buena fe; pues cualquiera recelo ó sospecha de su conducta impide confiarles tan importante encargo. Las mismas circunstancias y aun mas recomendables concurren en los prelados de las iglesias, en los rectores de los pueblos y en las personas elegidas para administrar los bienes y rentas del rey; y parecia que el consejo y direccion de tales personas daria mayor seguridad á los menores en sus contratos y obligaciones y en el seguimiento de sus juicios que la que pueden alcanzar los hombres rústicos y las mugeres, á quienes sin embargo se niega el auxilio de la restitucion.

13 Concurre tambien la responsabilidad en que caen los tutores, curadores y administradores, no cumpliendo sus encargos con aquella exactitud y diligencia que lo haria un prudente y activo padre de familias con sus propios bienes; y podrian resarcir cualquiera daño produciéndole por el medio y accion ordinaria contra los mismos tutores y administradores, que es otra circunstancia que debia inclinar á dejar ilesos los contratos y las obligaciones autorizadas con las solemnidades de derecho.

14 Aunque todo lo expuesto sea así, especialmente en cuanto á la inteligencia y calidad de los administradores y tutores de los menores y demas personas que gozan del privilegio de la restitucion, les falta sin embargo la circunstancia principalísima del interes propio, que es el que excita á

la actividad y rectitud en las operaciones, notándose por lo comun su indolencia y flojedad para alcanzar el beneficio ageno, y el conato con que frecuentemente tratan de conseguir el propio, abusando de sus oficios, y de la ineptitud ó desidia de los menores de edad y de las comunidades, que no tienen voz para reclamar su perjuicio, y las mas veces no lo conocen hasta que el tiempo lo descubre.

15 Los tutores y curadores llenan todo su oficio cuando ponen en la administracion de los bienes de los pupilos y menores aquella diligencia que suelen poner en sus propios bienes, y solo quedan responsables al daño que padecen los menores por su dolo ó culpa: *ley* 1. *ff. de Tutel. et rationib. distra.*: Vinnius *in* §. 7. *Inst. de Atil. Tutor.*

16 Si del perjuicio ó menoscabo que reciben los menores por dolo ó negligencia de sus tutores ó curadores ha resultado beneficio á alguna otra persona, como sucede en la venta de bienes muebles ó raices, en las transacciones ó en otros contratos, corresponden al menor dos acciones, una ordinaria contra los tutores y curadores, y otra que se considera extraordinaria por efecto de la restitucion *in integrum*; pero como las causas y las personas son diversas, no se confunden, ni son incompatibles, antes bien se conservan á eleccion y arbitrio de los mismos menores para que puedan usar, cuando hayan salido de la menor edad, dentro de los cuatro años próximos, de la que tengan entonces por mas ventajosa, ya sea por el mayor interes directo, ó por el que puedan lograr en la mas fácil, mas breve, y menos costosa expedicion de sus acciones, sin que el uso de la una extinga en aquel punto la otra, sino que la reserva hasta que se haya reintegrado plenamente del daño que recibió; y como no es fácil discernir las ventajas que por tantos respectos pueden verificarse entre los tutores y curadores, y los que posean los bienes ó derechos en que se hayan perjudicado los menores, ni seria justo restringir las acciones de éstos, pues resultaria entonces que alguno de ellos quedase libre, ó con mas propiedad que no fuese responsable al resarcimiento del daño; es consiguiente que nazcan y se conserven á favor de los menores las dos enunciadas acciones, una contra los tutores por su negligencia ó dolo, y otra contra los poseedores de sus bienes por el interes que recibieron, y no pudo entonces precaver el menor.

17 Por estos principios se demuestra que aunque estas dos acciones fuesen iguales en el objeto, de manera que con una y otra recibiesen un propio interes, se verifica grande utilidad á favor del menor en la concurrencia de las mismas dos acciones, y en la opcion para usar de cualquiera de ellas.

18 En esta proposicion está reunido todo el fundamento de las leyes y de los autores que la reciben con uniformidad, habiéndola puesto en el estado de ser ya un principio en esta materia: *leg.* 39. §. 1. *ff. de Minorib. Quæro, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit? Respondi, ex omnibus quæ proponerentur, vix esse eum restituendum: nisi maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit, ei præstare: maxime cum sit ei paratum auxilium, curatoribus ejus idoneis constitutis: leg.* 3. *Cod. Si tutor vel curator interv. Etiam in his quæ minorum tutores, vel curatores male gessisse probari possunt: licet personali accione à tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit. Leg.* 5. *Cod. eod. Etiam tutoribus vel curatoribus distrahentibus, vel aliis contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis, quam tutorum, vel curatorum damna sequi, nullo eis præjudicio per electionem generando, placuit:* Molin. *de Just. et jure tract.* 2. *disput.* 573. *n.* 5.: Greg. Lop. *in leg.* 2. *tít.* 19. *Part.* 6. *glos.* 2.: Hermosil. *in leg.* 4. *tít.* 5. *Part.* 5. *glos.* 12. *n.* 40. 41.: Cancer. *Var. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 88.

19 El daño del menor, el haberle venido por su debilidad en tiempo de

su menor edad, ó por negligencia ó engaño de su guardador, defensor ú otro forman todo el fundamento de su restitucion: *ley* 2. *tít*. 19. *Part*. 6. «É de tal menor como este se entiende »que si daño, ó menoscabo rescibiere »por su liviandad, ó por culpa de su »Guardador, ó por engaño quel ficie»se otro ome, que debe ser entregado »de aquella cosa que perdió, ó que se »le menoscabó, por qualquier destas »tres razones:» *ley* 3. *del mismo tít. y Part.*: «Conosciendo, ó negando en »juicio, el menor, ó su Guardador, ó »su Abogado, alguna cosa porque me»noscabase, ó perdiese de su derecho; »ó dexando de poner defension, ó otra »razon, de que se pudiese aprovechar:» *ley* 8. *del mismo tít. y Part.* «É esta »restitucion puede demandar en todo »pleyto, ó conoscencia, que él oviese »fecho á daño de sí, ó su Guardador, »ó su Abogado.» De aqui es que debe ser del cargo del menor probar el daño y todas las demas circunstancias que completan su intencion, haciéndolo con citacion y audiencia de la parte que demanda, pues sin este prévio requisito no le perjudicaria la probanza. Esto es lo que persuaden los principios generales que estan por la subsistencia de los contratos ó juicios en que han intervenido las solemnidades de derecho, y que su rescision puede solamente franquearse por una demanda en que se acredite la equidad, que es efecto del daño del menor, como se comprueba especialmente en el asunto de las restituciones por las mismas leyes que las introducen: *ley* 1. *tít*. 13. *Part*. 3. «É mostrando el daño »que le ende viene, si non tornase el »pleyto de cabo, en aquel mismo esta»do que era, ante que la conoscencia »fuese fecha:» *ley* 2. *tít*. 19. *Part*. 6. «Provando el daño, ó el menoscabo, é »que era menor de veinte y cinco años, »quando lo recibió: ca, si esto non »fuese provado, non se desataria lo que »fuese fecho, ó puesto con él, ó con »su Guardador:» *ley* 5. *del mismo tít. y Part.* «É el Juez dévelo facer, si »fallare en verdad, que el pleyto fizo »seyendo menor de veinte y cinco años, »é fuese provado el empeoramiento, é »el menoscabo, que le viene porende:» *ley* 6. *del mismo tít. y Part. in fin.* «Porque siempre ha de provar dos co»sas el que demanda restitucion: la pri»mera, que era de menor edad á la sa»zon que fizo el pleyto, ó la postura; »la segunda, que la fizo á daño, é á »menoscabo de sí:» *ley* 7. «Pero quan»do esto oviere de facer, deve ser de»lante los acreedores de la heredad, »que sepan qual es la razon, porque la »desampara:» *ley* 8. «É el Juez deve »llamar ante sí la otra parte, á quien »facen la demanda, é si fallare que el »pleyto, ó la conoscencia, ó el juicio »sobre que demanda la entrega que »fué fecha á daño del menor, déve»le tornar en aquel estado en que era »ante:» *ley* 4. *tít*. 14. *Part*. 3. «Tenu»do es aquel, que quiere quebrantar el »pleyto de provar dos cosas. La una, »quel era menor en aquel tiempo que »aquel pleyto fizo. La otra; que fué »fecha con engaño, ó con daño de sí. »Ca si estas dos cosas non provase, »non se podia desatar el pleyto.»

20 Cuál sea el daño que ha de probar el menor, y en qué cantidad para dar entrada á su pretendida restitucion, no está determinado por las leyes; y de aquí toman ocasion los autores para dividirse en sus opiniones, llenando de oscuridad y confusion á los profesores y á los jueces, que no tienen todo el discernimiento necesario para asegurar la mejor eleccion en los casos que ocurran.

21 Si se consultan las leyes que van citadas, se hallará que solo piden para la restitucion que haya daño ó menoscabo del menor; y esta indefinida expresion, que equivale en buena jurisprudencia á la universal, se verifica cumplidamente en cualquiera daño ó menoscabo, no siendo lícito distinguir entre el mayor ó el menor cuando no lo distinguen las leyes.

22 En la 2. *tít*. 19. *Part*. 6. se dice: «E de tal menor como este se entiende, »que si daño, ó menoscabo rescibiere:» en la 3. «Porque menoscabase, ó per»diese su derecho:» en la 5. «A su da»ño, ó cambiando su debdo por otro »peor:» en la 6. *al fin*. «Que la fizo á »daño, é menoscabo de si:» en la 7.

«Si entendiese que es daño del mozo »en tener la heredad:» en la 8. «A da»ño del menor:::: A daño de sí:» todas las del *tít.* 19. *Part.* 6.

23 Otras muchas leyes y disposiciones canónicas hacen mérito del gran daño del menor distinguiéndole á veces con el dictado de enorme para dar entrada á la restitucion que solicita. La citada *ley* 4. *tít.* 14. *Part.* 3. hablando de las dos cosas que ha de probar el menor para quebrantar el pleito por efecto de la restitucion dice con respecto á la segunda «que fue »fecha con engaño, ó á gran daño de »sí:» la 1. *tít.* 13. *de la misma Part.* repite dos veces el «gran daño del »huérfano» para que tenga lugar la restitucion contra la *conoscencia* que hubiese hecho á presencia y consentimiento de su guardador: ibi: «Pero si »la conoscencia se tornase á gran daño »del huérfano:::: é si el Rey, ó el Juez »entendieren que aquella conoscencia »se tornase en gran daño del huérfano, »dévenla revocar.»

24 La *ley* 5. *tít.* 19. *Part.* 6. tratando de las cosas del menor que se venden en almoneda dice: que si despues que alguno las hubiese comprado viniese otro que dijese que daria mucho mas por ellas, que puede pedir el menor al juez que vuelva las cosas el que las habia sacado de la almoneda, y que las dé al otro que da mas por ellas: «é el Juez dévelo facer, si »entendiere que es gran pro del mozo.»

25 En la oferta del nuevo comprador no se satisface la ley solamente con que dé mas, sino que requiere que *sea mucho mas*, y la providencia del juez debe tomarse sobre el conocimiento de que logre el *mozo gran pro* en aquel ofrecimiento.

26 El *cap.* 11. *de Reb. Eccles. alienand.* refiere el feudo otorgado por la Iglesia en ciertos bienes propios, y la reclamacion que despues de muchos años hizo el mismo monasterio para recobrar los bienes dados en feudo; y para que tenga lugar en este caso la restitucion, es necesario probar que el monasterio sufriese enorme dispendio: *Propter hoc inveneritis enorme dispendium incurrisse.*

27 Para conciliar las enunciadas disposiciones, y poner en la debida claridad el uso que se debe hacer de ellas en los juicios y sus determinaciones, conviene establecer por regla general que si el daño que padece y prueba el menor es de corta entidad, no se debe deferir á la restitucion que pretende, y se mantiene el contrato ó juicio que le hubiere causado, porque en las acciones ó remedios que deben su orígen á la equidad y á la compasion, no deben cuidar los magistrados de cosas pequeñas; pues resultarian grandes daños al estado de repetirse con frecuencia tales reclamaciones rompiendo la fe de los contratos, que rara vez pueden ajustarse á los ápices de su valor, especialmente cuando el de las cosas no está determinado por la ley, y admite sus grados entre el ínfimo al supremo, y aun estos estarian pendientes del arbitrio de los testigos.

28 El daño del menor ha de merecer justo aprecio en el juez; y de éste hablan las leyes cuando ponen indefinidamente el daño ó el menoscabo del menor, y entonces podrá considerarse y tenerse por grande este daño, que ha de mover al juez á conceder la restitucion respecto del mínimo que debe despreciar.

29 Para usar de la restitucion se conceden á los menores, á las iglesias, á las comunidades, y á todos los demas que gozan de igual privilegio, el término de cuatro años, los cuales empiezan á correr en los menores desde que cumplen los veinte y cinco años, y en las iglesias y comunidades al tiempo de los contratos y juicios de que les nace el daño que intentan reparar: *ley* 8. *tít.* 19. *Part.* 6. *al fin*, y la 9. *del mismo tít. y Part.*

30 Para usar de la restitucion dentro de los cuatro años señalados basta que prueben los menores y las demas personas que gozan este privilegio, aquel perjuicio, que con respecto al negocio de que se trata sea estimable en el arbitrio prudente del juez, sin que sea necesario que toque en el extremo de ser grande ó enormísimo; y entonces llena la restitucion *in integrum* todos sus efectos, no solo en

los bienes que se recobran, sino tambien en los frutos que hayan producido desde el dia del contrato, aunque los haya consumido el poseedor; pues como se retrotrae el menor al tiempo anterior al contrato que motivó la posesion y dominio del comprador, se quita del medio toda convencion, y se finge que no la hubo, y que el menor se ha mantenido constantemente en la posesion de los bienes vendidos sin haberla perdido ni un momento: *ex leg. quas refert* Covarr. *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 1.

31 Cuando excede el daño de la mitad del justo valor ó precio de las cosas que vende ó compra el menor, puede usar para repararlo de dos acciones: una ordinaria, que nace de la *ley* 2. *Cod. de Rescind. vendition.* y sus concordantes: *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *Rec.* (Ley 2. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.): *ley* 16. *tit.* 11. *Part.* 4.: *ley* 56. *y* 62. *tit.* 5. *Part.* 5.; y otra extraordinaria por el beneficio de la restitucion. Por la primera accion dejará el menor al arbitrio y eleccion del que le compró sus bienes que le repare el perjuicio, volviéndole los mismos bienes ó supliendo el precio hasta el justo de su valor: *ex citatis número próximo*; pero por la restitucion logra determinadamente recobrar la cosa vendida, que es en lo que consiste la mayor ventaja de este auxilio; y por esta razon es compatible y útil la union de estos dos remedios en el menor, como se ha fundado en lo principal de este discurso; pero ya use de uno ó de otro remedio, debe hacerlo dentro de los cuatro años que señalan las mismas leyes, contados desde que cumplió el menor los veinte y cinco.

32 En el rey, iglesias, concejos y comunidades concurren las mismas dos acciones con los fines y ventajas que se han explicado en los menores; pero con un nuevo beneficio que no tienen estos, y consiste en que aquellos pueden usar de la restitucion en el caso de ser perjudicados en mas de la mitad del justo precio hasta treinta años desde el dia que fué hecho el enagenamiento de la cosa: *ley* 10. *tit.* 19. *Part.* 6.

33 Este exceso y enormísima lesion es necesaria para que tenga lugar el uso de la nueva restitucion pasados los cuatro años; y de esta habla, y debe entenderse el *cap.* 11. *ext. de Reb. Eccles. alienand.*

34 Su literal contesto manifiesta que en aquella venta padeció la iglesia lesion enormísima, y que la restitucion *in integrum* se pidió pasados los cuatro años desde el dia del contrato. La prueba de lo primero se presenta en la simple relacion de los hechos que contiene el citado capítulo, señaladamente en cuanto afirma haberse vendido la heredad por el precio de ochenta libras, y que el comprador habia percibido de sus frutos en solo el primer año el todo de las ochenta libras y algo mas: *Quod idem octoginta libras persolveret::::: præsertim cum idem laicus primo anno de ipsius proventibus ultra summam perceperit prætaxatam.*

35 La segunda parte, esto es, que la restitucion fué pedida despues de los cuatro años, se manifiesta por aquellas palabras: *Et per multos postmodum annos sumpserit ejus fructus.*

36 De estos dos supuestos, en que se conforman los expositores, se deducen dos conclusiones: la primera que la iglesia cuando en sus contratos padece grande daño, tiene ademas del auxilio de la restitucion ordinaria que compete á los menores, y cuyo uso está limitado al tiempo de los cuatro años, otro nuevo y mas privilegiado beneficio para poderse reintegrar, usando de él dentro de treinta años; y para este caso tan extraordinario y singularísimo es necesario que el perjuicio sea enormísimo, como se verificaba en el caso del citado *cap.* 11. y en el de la *ley* 10. *tit.* 19. *Part.* 6.

37 La segunda conclusion consiste en que la restitucion, que propone la iglesia fuera de los primeros cuatro años, es limitada á la cosa vendida ó en cualquiera otro modo enagenada.

38 Esta diferencia respecto á la restitucion *in integrum* ordinaria, de la que se usa en el referido término de los cuatro años, consiste segun opinion de algunos en que la extraordi-

naria restitucion (pues así llaman á la que se produce pasado dicho tiempo) procede de gracia, y no debe tener efectos tan cumplidos.

39. Otros autores aseguran que el no venir los frutos en la restitucion del citado *cap.* 11. es por la especialidad del feudo con que se enagenaron los bienes de aquel monasterio, ya sea por el servicio personal que habia prestado el comprador, ó por el trabajo que tuvo en pagar á los acreedores del mismo monasterio: Covarrub. *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 15.: Gonzal. *in dict. cap.* 11. *ext. de Reb. Eccles. alienand.*

40 Todas las restituciones de que se ha tratado hasta ahora en este capítulo, tienen por objeto reintegrar al menor del perjuicio que hubiese sufrido en sus contratos con menoscabo de su patrimonio, y en todas se trata de evitar el daño, y por esta razon se hace mas recomendable á la equidad y compasion de los jueces.

41 Pero aun hay otra restitucion de que usan los menores en causas lucrativas para que su utilidad sea mayor, aunque no preceda daño, como sucede en la enagenacion de sus bienes ejecutada en subasta ó almoneda; pues aunque se halle perfecta la venta pasado el término señalado para ella, y entregada la cosa al comprador en quien se remató, tiene lugar la restitucion si viniese otro licitador que ofreciese dar mucho mas por ella.

42 La *ley* 5. *tít.* 19. *Part.* 6. no deja que dudar en la proposicion antecedente con aquellas palabras: «E aun »decimos, que si alguna cosa del me»nor de veinte y cinco años fuese me»tida en almoneda, é la comprase algu»no, é despues deso viniese otro que »dixese que daria mucho mas por ella; »que puede pedir otrosí al Juez, que »torne aquella cosa el que la avia sa»cado del almoneda, ó que la dé al »otro que da mas por ella; é el Juez »dévelo facer, si entendiere que es gran »pro del mozo.»

43 Lo mismo se hallaba dispuesto en la *ley* 7. §. 8. *ff. de Minorib. vig. quin. an.*, y han seguido con mucha uniformidad los autores: Amato, *part.* 1. *resol.* 38. *n.* 21.: Acevedo, *in leg.* 2. *tít.* 1. *lib.* 2. *n.* 11. Bobadilla, *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 24.: Salgado, *Labyrint. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 33.

44 A la venta de los bienes raices de los menores precede el conocimiento exacto de la urgente necesidad que obliga á su enagenacion, interponiendo el juez su autoridad y decreto judicial, y se procede á la subasta pública para evitar fraudes, colusiones y perjuicios del menor, y asegurar que reciba íntegro el justo precio de sus bienes: *ley* 60. *tít.* 18. *Part.* 3. y la 18. *tít.* 16. *Part.* 6. Todas estas precauciones suelen no alcanzar á veces á precaver la malicia de los que intervienen en estas ventas, y llegan á padecer los menores grandes lesiones tocando en el exceso de la mitad del justo precio; y con la experiencia de iguales sucesos declaró la *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.) que el remedio que competia generalmente por la lesion enormísima tuviese lugar, aunque las ventas se hiciesen por almoneda, conviniendo por consecuencia en que los menores podian usar de la restitucion en este caso segun queda demostrado; pero de cualquiera de los dos remedios indicados que á su eleccion usen los menores, siempre deben probar el daño, porque es el fundamento de sus acciones.

45. No sucede así en el caso de la citada *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6.; pues no supone, ni aun enuncia, que la alhaja del menor vendida en almoneda hubiese sido rematada en menos del justo precio, ni que se hubiese faltado á las solemnidades necesarias; y solo sí se funda en que se ofrecia dar *mucho mas* por ella, consistiendo el privilegio de esta restitucion en la mayor ganancia que lograria el menor si se rescindiese aquel contrato celebrado en almoneda pública; y siendo la condicion del que trata de captar lucro menos recomendable que la del que solicita evitar su daño, era consiguiente que se buscase y concurriese en aquel mayor causa, cual se estimó la de ofrecer *mucho mas* por la cosa vendida, y que en ello considerase el juez *gran pro del mozo*, circunstancias que no

son necesarias para que tenga lugar la restitucion, dirigida á reponer el menoscabo que han padecido los menores en sus contratos, aunque se hayan autorizado con todas las solemnidades de derecho.

46. Ni la citada *ley 5. tit. 19. Part.* 6. explica la cantidad que ha de ofrecer el nuevo licitador para que tenga lugar la restitucion, ni determina la que haya de ser para tenerse por *gran pro del mozo* dejándola por consecuencia al arbitrio del juez, como lo indica bien claramente la misma ley en cuanto dice: «E el Juez dévelo facer si entendiese que es *gran pro del mozo.*»

47 El uso de este arbitrio se ha de acomodar á las diferentes circunstancias de los casos que no pueden sujetarse á regla cierta, quedando todas á la prudente consideracion del juez con algunas advertencias y observaciones que hacen los autores que trataron con mas juicio esta materia: Gutierrez, *Practic. lib.* 1. *q.* 38. *n.* 4. Covarrubias, *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 11.

48 Otra duda se presenta en la misma ley; pues suponiendo el ofrecimiento de mucha mas cantidad, que hacia el nuevo licitador despues de celebrado el remate en otro, continúa con la siguiente disposicion: «Que puede pedir otrosí al Juez, que torne aquella cosa el que la habia sacado de la almoneda, é que la dé al otro que da mas por ella; é el Juez dévelo facer si entendiese que es gran pro del mozo.»

49 La primera parte de la enunciada disposicion procede sin reparo, esto es, que el que habia sacado la cosa de la almoneda, la torne ó vuelva; pero la segunda, «é que la dé al otro que da mas por ella,» manifiesta que con solo el ofrecimiento de dar mas por la cosa vendida y rematada en el primer postor, se ha de entregar al segundo que da mas; aunque esto no es así, porque vuelta la cosa por el primer comprador, debe continuarse la almoneda sobre la segunda postura por el término que señalare el juez, y admitirse dentro de él cualesquiera mejoras que se hiciesen, ya sea por el primer comprador ó por otro, rematándose en el dia que se señalare en el que mas diere; y solo en el caso de que no se adelantase la mejora hecha por el que motivó la restitucion, se remataria en éste, y se le daria como insinúa la citada ley: Bobad. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 21.: Gutierrez, *Practic. lib.* 1. *q.* 38. *n.* 1. *in fin.*

50 De esta manera la entienden los autores citados, y es conforme á los buenos principios que se han establecido en este artículo; porque la restitucion pone al menor en el estado que tenia la almoneda antes de cerrarse con el primer remate; y finge que éste no intervino, ni excluyó el gran provecho que ofrece al menor el nuevo licitador; y si este hubiese hecho su mejora antes que realmente se hubiese rematado la cosa, correria sin duda aquella puja en la misma almoneda, publicándose hasta su remate, y admitiendo las mejoras que sobre ella hicieren; y lo mismo debe suceder en el caso de la ficcion legal que remueve aquel primer remate, como si no se hubiera hecho.

51 El término que debe concederse para continuar esta nueva subasta, pende tambien del arbitrio del juez, y regularmente se concede la mitad del primer término, como se hace en las probanzas que hacen los menores en virtud de esta restitucion pasado el ordinario de la ley, de lo que se tratará luego con mayor discernimiento. En confirmacion de estos principios el Consejo usa de su autoridad á beneficio del menor en la venta de sus bienes raices, no solo cuando hecho ya el remate en el mayor postor de la subasta viene otro ofreciendo mucho mas, sino cuando concibe probablemente atendidas las circunstancias de aquella almoneda y de los bienes que se venden en ella, que podrá esperar mayores ventajas en el precio si se repitiese por nuevo término, pues entonces manda de oficio que se vuelvan á sacar los bienes á subasta por el que señala, que no puede exceder de la mitad del primero, que se circunscribe al de cuarenta dias.

52 Dentro de que tiempo deba dacerse el ofrecimiento de la mejora con-

tando desde que se celebró el remate en el primer postor, es otra duda mas grave que las antecedentes; pues ni la explican las leyes, ni la tratan los autores. Para tomar en ella alguna resolucion menos arriesgada he reconocido, meditado y combinado muchas veces los términos de las subastas en los arrendamientos de rentas reales.

53 Por el término de cuarenta dias se publican para el primer remate, y en ellos se pueden hacer y deben admitirse las posturas, pujas y mejoras en poca ó en mucha cantidad: *ley* 2. *tít.* 13. *lib.* 9.; pero celebrado el primer remate con todas las solemnidades que ordenan las leyes, se continúa la publicacion de las rentas por otro término que no sea menor que el de quince dias; y en estos pueden hacerse y deben admitirse las pujas y mejoras de diezmo entero ó medio diezmo sobre la cantidad en que se hallaren rematadas en el primero y anterior remate; esto es, que si importare mil reales, el diezmo entero será ciento y el medio cincuenta.

54 El referido término de los quince dias se puso para impedir á los contadores y oficiales reales que hiciesen con precipitacion el segundo y postrero remate, sin esperar el tiempo oportuno á que pudiesen venir nuevos licitadores; y por consecuencia quedó limitada á dicho término la facultad de hacer las enunciadas pujas de diezmo ó medio diezmo: *ley* 2. *tít.* 13. *lib.* 9. *de la Recop.*

55 No sucedió así en la puja del cuarto, pues habiéndose tenido por irrevocable el contrato cerrado con el segundo remate, se inventó el medio de conciliar su firmeza con el favor de las rentas, prohibiendo que dende en adelante no se recibiese mayor precio, ni puja, ni media puja ni otro precio mayor ni menor, salvo que la puja fuese tanta cuanta monta la cuarta parte de la renta, y no en otra manera, ó de consentimiento de las partes á quien toca: *ley* 5. *tít.* 13. *lib.* 9. *de la Rec.*

56 En esta ley se omitió señalar el tiempo en que podia hacerse la puja del cuarto; pero se tocaron muy luego los graves inconvenientes que resultaban de esta inadvertencia, pues los que intentaban mejorar la renta con la enunciada puja del cuarto, se persuadian poderlo hacer hasta el último dia del tiempo que comprendia el arrendamiento; y haciendo conocer este abuso la necesidad de poner límites al deseo de mejorar las rentas en la cuarta parte, señaló la ley tres meses contados desde el último remate y su recudimiento: *ley* 6. *tít.* 13. *lib.* 9. *de la Rec.*

57 De estos antecedentes se infiere con evidencia la urgente necesidad de que se estableciese por ley el tiempo en que podrian ofrecerse las cantidades que calificasen el gran *pro del menor* para rescindir las ventas de sus bienes que fuesen hechas en almoneda pública; pues en los arrendamientos de las rentas reales habia á lo menos término en que debian fenecer, y de consiguiente limitaban á este mismo término las pujas del cuarto; pero en las ventas de los bienes raices de los menores, como son perpétuas, podrian los licitadores tomarse todo el tiempo que quisieren para rescindir aquel contrato, haciendo las mejoras que indican las citadas leyes; y vendria á estar el comprador siempre inquieto en su dominio y posesion, y expuesto á entregar los bienes comprados en cualquiera tiempo que se hiciesen los tales mejoramientos, sufriendo las mas veces un costoso pleito para liquidar y recobrar las expensas que hubiere hecho.

58 Para ocurrir á tan notables inconvenientes, considerando que los menores no pueden ser tan recomendables en el punto de que se trata, me parecia que entretanto que se determine por ley el tiempo en que puedan hacerse pujas y mejoras sobre los bienes de los menores rematados en almoneda, ha de usar el juez de un arbitrio prudente, admitiendo dichas mejoras siendo próximas al remate, y dentro de aquel tiempo que considere oportuno, y que no resulte gran daño al comprador en volver los bienes y recoger su precio; pues si no se precaviese este temor, se retraerian los

compradores, y vendria á resultar un daño general á los mismos menores.

59 Supuestos estos conocimientos, que tocan en lo general á las restituciones *in integrum*, podrán aplicarse con mejor discernimiento á la particular que corresponde á los menores para hacer su probanza pasado el término de la ley.

60 Es cierto que en cualquier estado del juicio que venga daño al menor por su ligereza, ó por omision y culpa de su guardador, defensor y abogado, puede repararlo pidiendo la restitucion *in integrum*.

61 Del daño que puede recibir en la omision de la prueba y de su enmienda tratan las leyes con especial discernimiento en todas las partes y tiempos de su restitucion. La *ley* 3. *tit.* 19. *Part.* 6. dice lo siguiente: «Conosciendo, ó negando en juicio, el menor, ó su Guardador, ó su Abogado, »alguna cosa, porque menoscabase, ó »perdiese su derecho; ó dexando de »poner defension, ó otra razon, de »que se pudiese aprovechar; puede »demandar al Juez, que torne el pley»to en el estado en que era ante, é »que non se le embargue su derecho »por ninguna de estas razones sobre»dichas; é el Juez dévelo facer.»

62 La *ley* 8. *del propio tit. y Part.* confirma la decision antecedente en estos términos: «É esta restitucion »puede demandar en todo pleyto, ó »conoscencia, que él oviese fecho á »daño de sí, ó su Guardador, ó su »Abogado.»

63 Por la *ley* 5. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 9. tit. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.) se prohibe presentar y examinar testigos en primera instancia despues de publicados los recibidos en el término de la ley; y por limitacion de esta regla se añade, «salvo por resti»tucion en caso que haya lugar de »se conceder conforme á la ley tercera, »título octavo de este libro.»

64 En esta *ley* 3., á que se refiere la anterior, se dice lo siguiente: «Por»que la experiencia ha mostrado quan»to daño se ha rescebido en hacer pro»banza por via de restitucion despues »de las probanzas publicadas; por la »sobornacion de testigos y corrupcion; »queriendo obviar á la tal malicia, or»denamos, y mandamos que si qual»quiera de las partes pidiere en la pri»mera instancia restitucion *in inte»grum* para hacer su probanza, por »ser en caso que haya lugar de pedir »restitucion por alguna parte, ó per»sona, ó Universidad, que tenga pri»vilegio, ó derecho para la pedir, que »agora haya hecho probanza, ó no se »le conceda, y otorgue, pidiéndola »dentro de quince dias despues de la »publicacion.»

65 En las antecedentes disposiciones debe observarse lo primero que aunque el menor para pedir restitucion del daño que padeció en los contratos, de que he hablado en el principio de este capítulo, debe probar precisamente dos cosas, que son el daño y la menor edad al tiempo en que lo recibió, queda relevado de la necesidad de probar daño alguno en la restitucion de hacer su probanza; pues consistiendo en ella toda la fuerza de la causa y el vencimiento favorable, segun se ha expuesto y demostrado en el cap. VIII. núm. 3., la omision de esta natural defensa, que es un hecho que consta del proceso, hace una prueba notoria del daño con que está amenazado el menor en aquella causa; pues si es actor, con solo no probar su intencion la pierde, aunque el reo no proponga ni pruebe excepcion alguna; y si estuviese en esta clase el menor, queda á lo ménos muy expuesto á responder de lo que se le demanda, probando el actor su intento; y como ignora las pruebas que hayan hecho en contrario en el término comun de la ley, solo le queda el auxilio de ejecutar las suyas que ha omitido en aquel término usando de la restitucion despues de él.

66 Todas estas disposiciones, y los fundamentos en que se justifican, procèden sin reparo en el caso de no haber hecho el menor probanza alguna; pero habiendo ejecutado la que estimaron conveniente sus defensores, parecia necesario que probase el menor, para obtener restitucion de ampliar la prueba, que la hecha no al-

canzaba á probar plenamente su intencion, y que estaba expuesto á perder la causa si no la aumentaba; y este exámen y conocimiento, aunque fuese instructivo y breve, traeria gravísimos inconvenientes, por ser necesario para estimar este incidente cotejar los hechos de la prueba del menor con el mérito de la causa principal, descubriendo el juez en su progreso el juicio que hacia de ella antes de llegar á la definitiva; y aun entonces seria poco segura la decision en deferir á la restitucion, ó negarla; y en el conflicto del daño que podria sufrir el menor si se excluyese la restitucion pedida, y el que podria traer la dilacion de la causa por admitirla, debe ocurrirse en cualquiera duda al primero, así porque toca á su natural defensa, como porque el juicio del juez inferior acerca de estimar la probanza hecha por el menor en el término ordinario de la ley, no le pondria en seguridad de sus derechos; pues el juez de la segunda y ulteriores instancias podrian dudar de aquella prueba, y apetecer otra mas completa que hubiera hecho el menor en uso de la restitucion pretendida, y no podria practicar en la segunda instancia por ser relativa á los mismos artículos ú otros derechamente contrarios propuestos y comprendidos en la prueba de la primera instancia.

67 Tambien tiene término señalado el menor para pedir esta restitucion conviniendo en esto con la que corresponde á los contratos y prescripciones, de que se ha tratado en los preliminares de este capítulo; pero el enunciado término para usar de la restitucion en las probanzas ha tenido alguna variacion, segun se percibe de las mismas leyes citadas.

68 En la 5. *del tít.* 6. *lib.* 4. (Ley 9. tít. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.) se permite al menor usar de restitucion despues de publicados los testigos sin determinar tiempo; y es consiguiente pudiera hacerlo hasta la sentencia difinitiva, y sin duda lo usaron así en inteligencia y observancia de la citada ley; pero aquí no pudieron ménos de tocar gravísimos inconvenientes, señaladamente el de sobornar y corromper los testigos que se presentaban á nombre del menor, tomándose para ello el largo tiempo que mediaba desde la publicacion hasta la sentencia, en cuyo intermedio se habrian instruido bien por el proceso de los dichos de los testigos presentados por las partes contrarias.

69 Para ocurrir á estos abusos que habia mostrado la experiencia, y se motivan expresamente en la citada *ley* 3. *tít.* 8. *lib.* 4. (Ley 3. tít. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.) se restringió aquel término indefiinido desde la publicacion á la sentencia al preciso de quince dias, *ibi:* «Pidiéndola dentro »de quince dias despues de la publi»cacion.»

70 La desconfianza y los recelos de que no bastase la restriccion del término de los quince dias á contener la malicia de los que abusaban á nombre del menor del auxilio de la restitucion para dilatar la causa, obligó á los legisladores á precaverla con la pena que se debia imponer y exigir, haciéndola depositar para la mas pronta ejecucion en el caso de que no probase el menor los artículos que proponia.

71 El señalamiento de esta pena quedó al arbitrio de los jueces que conocian de la causa; pero la necesidad de ella, y el depósito de la que determinase, era efecto de la misma ley: *ibi:* «Y que se le ponga pena se»gun bien visto fuere á los del nues»tro Consejo, ó al Presidente, y Oido»res que conoscieren de la causa; y »que no se resciba á prueba de ta»chas hasta pasados los dichos quince »dias; la qual dicha pena luego de»posite el que así pidiere la dicha res»titucion:::::: y no se depositando lue»go la dicha pena, mandamos que no »se resciban, ni hayan efecto los au»tos porque se pone; y porque depo»sitándose mas ligeramente se puede »executar contra los que en ella ca»yeren.»

72 Esta última parte de la disposicion no tiene uso en la práctica de los tribunales, como de los inferiores lo indicó Acevedo en la citada *ley* 3.

*tít.* 8. *lib.* 4. *n.* 42.; bien que lo mismo sucede ahora en los tribunales superiores. La razon que pudo mover á los jueces para disimular la pena, y condescender sin ella á la restitucion, consiste en que por el miedo de la pena se contendrian los menores, y aventurarian su derecho por falta de prueba, quedando muy expuestos á que los testigos, de que se valiesen, variasen sus deposiciones, y quedasen sujetos á sufrir sin arbitrio la pena impuesta, convirtiéndose entonces esta precaucion por la malicia presunta en daño de la defensa natural, que es siempre muy recomendable, y mas particularmente en los menores que no pudieron hacer por sí su prueba en el término comun de la ley.

73 Las pruebas de las segundas instancias en los casos que ha lugar á ellas, conforme á lo dispuesto en las *leyes* 4. *y* 5. *tít.* 9. *lib.* 4. (Leyes 6. y 7. tít. 10.: y 4. tít. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.) se hacen y observan con las mismas prevenciones para ocurrir á la malicia de los que piden restitucion, y aun se añade alguna otra en la citada *ley* 5. [17] que en su primera parte dispone que de las nuevas excepciones opuestas en la segunda instancia, que no se pusieron, ó no fueron recibidas en la primera, las partes sean recibidas á prueba: que el término para las probar sea arbitrario con tal que no exceda del que fue dado en la primera instancia: que pasado se conceda restitucion á la parte que la pidiere, si fuere de las que gozan de este beneficio, con tal que jure que no la pide por malicia, y que cree y entiende probar lo que así alega: que sea pedida dentro de quince dias despues de la publicacion: que se le imponga pena; y que se le niegue otra restitucion.

74 Tambien se pusieron límites á la restitucion que se pide para poner nuevas excepciones en primera instancia; pues teniendo señalados sus términos para las alegar y oponer, *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.), si no lo hiciesen dentro de ellos, y pidiesen restitucion para oponerlas de nuevo, se les concede con tal que la pidan antes de la conclusion para difinitiva. Este término indefinido entre la publicacion y conclusion para difinitiva es equivalente al que se permitia por la *ley* 5. *tít.* 6. *lib.* 4. (Ley 9. tít. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.) despues de publicados los testigos á fin de pedir restitucion para probar los menores; pero así como se restringió este término al de los quince dias despues de la publicacion, tambien debe entenderse limitado á los mismos quince dias para oponer nuevas excepciones, de que trata la citada *ley* 5. *tít.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.)

75 La uniformidad en la inteligencia de las dos leyes enunciadas se asegura mas atendiendo á que fué uno mismo el autor de ellas, y se establecieron en las córtes de Alcalá, Era de 1386.

76 El término que se concede al menor para hacer su prueba por via de restitucion es la mitad del que se dió primero para hacer la probanza principal; y la otra parte, aunque no sea menor puede gozar del mismo término si quisiere para hacer su probanza, segun y como lo puede hacer la parte á quien fuere otorgada la restitucion: *ley* 3. *tít.* 8. *lib.* 4. (Ley 3. títul. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.)

77 Estas dos particulares disposiciones relativas á la mitad del término, y á que pueda usar de él la otra parte, proceden sobre el sistema de los principios establecidos acerca de la restitucion *in integrum*, siendo el principal retrotraer al menor al tiempo anterior al daño recibido, y fingiendo que estuvo siempre en aquel estado, libre y expedito para removerle; y en su consecuencia se considera el menor dentro del término ordinario de la ley, y es indispensable ponerle en el oportuno y conveniente para que logre y pueda cumplir el fin de hacer su probanza y con este objeto se le dispensa la mitad del término que se dió conforme á la ley; y como por efecto de la misma ficcion vuelve el menor á estar en el término comun, del cual podrian usar las otras partes, si realmente no se hubiera cumplido

el señalado por la ley, el mismo influjo y efecto ha de causar la ficcion: Gom. *in leg.* 9. *Taur. n.* 60.: Gutierr. *Practicar. lib.* 1. *cap.* 122. *n.* 1. *vers. Sed his non obstant:* Barbos. *in leg.* 19. *ff. de Judiciis, n.* 102.: Vela, *dissert.* 27. *n.* 9.

78 En la enunciada *ley* 3. *tít.* 8. *lib.* 4., y en las demas que tratan de la restitucion y van citadas, se dispone que en la misma sentencia que se le otorgare se le deniegue otra restitucion. Esta parte se justifica, y procede del mismo sistema y principio de reducirse el efecto de la restitucion al de la ficcion retrotractiva, y es consiguiente que no se puedan verificar dos procedentes de una misma causa, y dirigidas á un propio objeto: Vela, *dissert.* 31. *n.* 20. ibi: *Duplex namque fictio ex eodem fonte circa idem proveniens, jure non admittitur:* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 1. *q.* 8. *n.* 23. *y* 24.

79 Si pasado el término ordinario de la prueba, que es el supuesto que da entrada á la restitucion *in integrum*, cumpliese el menor los veinte y cinco años, dudan algunos si podrá pedirla. Acevedo en la *ley* 3. *tít.* 8. *lib.* 4. dice que cumpliendo los veinte y cinco años antes de la publicacion de probanzas, si despues fuese hecha con toda la solemnidad debida, no tiene lugar la restitucion; pero cumpliéndolos despues de la publicacion y dentro de los quince dias, que concede la ley á los menores para pedirla, que tiene lugar, y concluye diciendo: *Et placet mihi hæc concordia, et distinctio.*

80 Los fundamentos y razones que indica para probar la enunciada doctrina son tan débiles y contrarios á las leyes que dan regla en este punto de restitucion *in integrum*, que el mismo Acevedo poco satisfecho de su sentir vacila, y al parecer se inclina á que en uno y otro caso podrá pedir la restitucion, concluyendo al fin con dejar indeciso el asunto: ibi: *De quo tamen cogitandum relinquo, nam et affiictis ubi supra indecissum hunc casum reliquit.*

81 A la verdad yo no hallo términos para la duda propuesta, porque las leyes apetecen de necesidad dos partes para que tenga lugar la restitucion: la una que efectivamente haya daño capaz de inclinar la equidad del juez por la entidad y circunstancias que ya se han explicado en este capítulo: la otra que se haya experimentado este daño en tiempo de la menor edad por su debilidad ó por culpa ó malicia de los tutores, defensores y abogados, como tambien queda fundado. Estos dos extremos se hallan plenamente calificados en el caso propuesto, porque el daño consiste en no haber probado en el término ordinario de la ley, hallándose entónces en la menor edad. Esta cualidad no es necesaria al tiempo de pedir la restitucion, porque en los contratos ó prescripciones reclaman el daño por el auxilio de la restitucion cuando ya son mayores de edad, haciéndolo dentro de los cuatro años que conceden las leyes para usar de este remedio.

82 En los juicios que toman el concepto de cuasi contratos procede la propia regla, sin otra diferencia que la accidental de ser mas limitado el término que en el artículo indicado de las probanzas, señala la ley para pedir la restitucion, y es el de quince dias despues de publicadas; pero no puede dudarse que acabado el término ordinario, y sin esperar la publicacion, puede reclamarse el daño de no haber probado; pues los quince dias despues de la publicacion se ponen para detener y excluir el uso de este beneficio, pero no como término en que haya de empezar.

83 Mayor duda podia concebirse en el mismo caso propuesto, cuando entrase el menor en la mayor edad pendiente el término ordinario de la ley, pues teniendo el suficiente para hacer su probanza, si la omitiese, y por esta razon sufriese daño, no podria alegar que lo habia padecido siendo menor, que es una de las partes esenciales que deben concurrir para impetrar la restitucion; y solo tendrá lugar si el término que faltaba que correr al ordinario de la ley, cuando cumplió el menor los veinte y cinco años, no fuese bastante para hacer su prueba; pues entonces se verificará

que el daño de su omision procedió del tiempo de su menor edad.

84 Si muriese en ella, y el heredero ó sucesor fuese mayor de edad, podrá usar del mismo auxilio de la restitucion que competia al menor: *ley* 8. *tít.* 19. *Part.* 6. «E esta restitu»cion puede demandar en todo pleyto, »ó conosceneia quel oviese fecho á da»ño de sí, ó su Guardador, ó su Abo»gado. E tal demanda como esta puede »facer el menor en todo el tiempo fas»ta que sea de edad cumplida de vein»te y cinco años; y aun en quatro »años despues deso: é non solamente »puede el menor facer demanda fasta »este tiempo, mas aun sus herederos:» *leg.* 6. *ff. de In integrum restitut.*: *leg.* 18. §. *ult. ff. de Minorib.* 25. *an.*: Molin. *de Just. et jure tract.* 2. *disput.* 573. *n.* 18. Gom. *Var. tom.* 2. *cap.* 14. *n.* 6. Ayllon *in dict. num. cum aliis ibi relatis.* Aunque parece personal del menor este beneficio, y es por otra parte efecto de una ficcion retrotractiva y singularísima, que debe restringirse sin admitir extension de una persona á otra ni de caso á caso, como abraza un interes real efectivo, hace misto el remedio de la restitucion, y de consiguiente traslativo con la herencia á los sucesores del menor.

85 En el caso opuesto al antecedente próximo de ser el menor heredero del mayor de edad, que muriese pendiente el pleito en el estado de prueba dentro del término ordinario de la ley ó despues antes de la publicacion, ó en los quince dias siguientes á ella, se podrá dudar si el menor gozará por su persona del beneficio de la restitucion para probar en el caso de no haberlo hecho su antecesor, ó para ampliar la probanza.

86 Esta duda se resuelve por los mismos principios indicados, pues si el menor sucediese al mayor estando pendiente el término de prueba, y en estado de poder hacer la suya el difunto, si hubiese continuado la instancia, lo mismo podia hacer el menor que le sucedió, y omitiendo esta diligencia, resultará haberle venido el daño por no haber probado en tiempo competente en el cual era menor; y concurriendo entonces las dos partes, que se han considerado necesarias por las leyes para que tenga lugar la restitucion, se le debe conceder si la pide dentro de los quince dias despues de la publicacion; pero si el menor sucede al difunto en tiempo que el pleito estaba recibo á prueba con el término ordinario, siendo este pasado no podrá usar del auxilio de la restitucion, porque el daño de no haber probado no le viene de la debilidad de su menor edad, ni le padeció en ella; y el vicio ó defecto de no haber probado el que seguia el pleito, siendo mayor se traslada al heredero, así como sucede en las ventajas que aquel tenia adquiridas por su diligencia ó por otra cualquiera causa.

87 Con estos conocimientos, que abrazan los dos tiempos de que se haya hecho la probanza en el término ordinario de la ley ó fuera de él en el intermedio de la publicacion, ó en los quince dias despues de ella, se percibirán con la debida claridad los efectos y fines de la publicacion de probanzas, y el tiempo y solemnidad con que debe pedirse y hacerse, de que se tratará separadamente en el capítulo próximo.

## CAPÍTULO X.

### *De la publicacion de probanzas.*

1 Cuando se trata de un punto en que las leyes del reino no disponen con la deseada claridad todo lo conveniente, seria menester que supliesen los autores este defecto discurriendo y deduciendo del espíritu de ellas los conocimientos que han menester con precision los abogados y los jueces; pero en la publicacion de probanzas, aunque en nuestras leyes omiten cosas muy substanciales, y suponen otras, en medio de que disponen oportunamente algunas, los autores tampoco las profundizan, sino que pasando ligeramente por la corteza de ellas, no suministran á abogados y jueces la instruccion que en esta parte necesitan.

2 En efecto si desean saber en que

tiempo han de pedir y mandar hacer la publicacion de probanzas, no hallarán en las leyes ni en los autores disposiciones claras ni observaciones fundadas, que aseguren cumplidamente el acierto de sus resoluciones. Porque dos tiempos señalan para esto las leyes: uno el que se ha concedido para hacer probanzas, en cuyo espacio no permiten pedir su publicacion; y otro que empieza pasado dicho término, el cual consideran útil para pedir y mandar hacer publicacion de las probanzas; pero no ponen límites ni señalan el en que haya de acabar la facultad de pedirla en las partes, y la de mandarla hacer en los jueces.

3 La *ley* 39. *tít.* 1. *lib.* 3. (Ley 47. tít. 2. lib. 5. de la Nov. Recop.) manda que los procuradores no pidan publicacion sin ser pasado el término sopena que la publicacion sea ninguna, y pague tres reales para los estrados.

4 La *ley* 10. *tít.* 6. *lib.* 4. (Ley 3. tít. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) permite que el procurador pasado el término probatorio pueda pedir, si hay probanza, que se haga publicacion de ella; y al fin de la misma ley repite que cuando se pidiere publicacion, y la otra parte respondiere que dura el término, que no se haga hasta que sea pasado.

5 La *ley* 3. *tít.* 10. *del mismo libro:* (Ley 1. tít. 37. lib. 12. de la Nov. Recop.) trata del modo de proceder en las causas criminales por ausencia y rebeldía de los reos, y dispone entre otras cosas que la causa se reciba á prueba por el término que fuere señalado, y que dentro de él se reciban y examinen los testigos, y que pasados los dichos dias se presenten las probanzas en el proceso, y se haga publicacion en la causa.

6 La *ley* 37. *tít.* 16. *Part.* 3. dispone que el juzgador recibidos los dichos de los testigos y pasados los plazos de que ya habia hablado, que son los de la prueba que señala la *ley* 33. *del mismo título y Part.*, «deve llamar las partes, é señalarles dia á que »vengan á oir lo que dixeron los testi»gos. E si por aventura alguna de las »partes fuese rebelde, é non quisiese »venir; por eso non debe el Judgador »dexar de publicar los dichos de los »testigos, si la otra parte que fué obe»diente lo demandare.»

7 La *ley* 11. *tít.* 17. *Part.* 3. dispone que hecha la pesquisa «dar deve »el Rey, ó los Judgadores, traslado »della á aquellos á quien tanxere la »pesquisa, de los nombres de los tes»tigos, é de los dichos dellos:» que es una publicacion efectiva de las probanzas hechas en la pesquisa, y para los mismos fines que explican generalmente las leyes en toda especie de causas.

8 Todas las que se han referido convienen en cuatro puntos: el primero que pendiente el término de prueba no se puede pedir ni hacer publicacion de probanzas: el segundo que pasado dicho término se puede pedir y mandar hacer: tercero que todas omiten señalar término dentro del que hayan de pedir la pubicacion, y que pasado no sean oidas las partes que la pidieren: cuarto que tambien omiten declarar si en el caso de no pedir las partes la publicacion, puede ó debe el juez mandarla hacer de oficio; y estos son los artículos omitidos en las leyes y en los autores, que yo he leido con diligencia y cuidado.

9 Iguales omisiones de cosas esenciales y necesarias se advierten en otras leyes tratando de asuntos importantes; y se suplieron y enmendaron luego que la experiencia fué mostrando los inconvenientes y perjuicios que traian.

10 De la puja del cuarto que se permitió hacer en los arrendamientos de rentas reales, aunque estuviesen rematadas de último remate, trató la *ley* 5. *tít.* 13. *lib.* 9. *de la Recop.*, omitiendo señalar el tiempo en que podia y debia hacerse dicha puja; pero el mismo autor de la ley enmendó este defecto en la 6. *del propio tít. y libro*, señalando el de noventa dias contados desde el último remate; y que pasados no se admitiese puja alguna, aunque fuese la del cuarto.

11 La *ley* 5. *tít.* 19. *Part.* 6. y la 7. §. 8. *ff. de Minorib. viginti quinque ann.* conceden al menor el beneficio

de la restitucion despues de celebrado el remate de sus bienes en almoneda pública, cuando ofrece otro mucho mayor precio, *qual es gran pro del mozo;* y como no señalan dichas leyes el tiempo en que se deba usar de este ofrecimiento, ni se ha determinado este punto en otra alguna ley posterior, fue cosa muy prudente considerar en el juez que conoció en la almoneda, un arbitrio y facultad juiciosa para admitir, ó repeler el mayor ofrecimiento que se hiciese á beneficio del menor atendidas con reflexion las circunstancias de la dilacion con que se hubiese hecho la mejora de gran cantidad, el beneficio que de ella resultaria al menor, y el daño que sufriria el comprador, así por tener incierto su dominio mucho tiempo sin atreverse á mejorar los bienes comprados, como por las dificultades y gastos que ocurrian en liquidar las mejoras que hubiese ejecutado, con lo demas que advertí en el capítulo IX.

12 Por los mismos fundamentos parecía que la razon y la equidad dictaban que se fijara algun término que empezase á correr acabado el de la prueba para que dentro de él pidiesen las partes la publicacion de probanzas; y que pasado sin haberlo hecho la pudiera mandar hacer el juez de oficio á fin de dar curso á los pleitos con la brevedad que conviene, y está prevenida en las leyes y en los cánones, á no ser que no hayan considerado necesario este estímulo en las partes que litigan: porque como cada una de ellas puede pedir la publicacion de testigos sin diferencia entre el actor y el reo, no es de temer que se dilate el pleito en este artículo por malicia ni con daño de alguno de los interesados; pues está en su mano solicitar la publicacion, y no se puede detener haciéndolo despues del término de prueba por ninguna contradiccion ni rebeldía de las partes contrarias.

13 Y si ninguna de las partes solicitase la publicacion, es visto que proceden de un acuerdo y conformidad en dejar el pleito en aquel estado para continuarle ó abandonarle por justas consideraciones, que las inclinen á este medio, sin que tenga entonces el juez facultad para obligarlas á que le continúen; pues en tal caso faltaba el motivo de la brevedad á beneficio de los interesados; y mas bien seria ponerlos en necesidad de sufrir mayores gastos fomentando las discordias, que las mismas partes habian terminado ó suspendido de conformidad.

14 Sin duda que se fundó en estas razones ó en otras superiores la *ley* 37. *tít.* 16. *Part.* 3., en la cual se dispone: Que recibidos los dichos de los testigos, y pasados los plazos de la prueba, «deve el Judgador llamar las »partes, é señalarles dia á que ven»gan á oir lo que dixeron los testigos. »E si por aventura alguna de las par»tes fuese rebelde, é non quisiese ve»nir; por eso non deve el Judgador »dexar de publicar los dichos de los »testigos, si la otra parte que fué obe»diente lo demandare.»

15 En la primera parte de esta ley parece que se concede al judgador grande autoridad, y aun se le impone obligacion de dar curso al pleito llamando de oficio las partes, y señalando dia para oir lo que dijeron los testigos, que es sustancialmente publicarlos, excitando á las mismas partes sin esperar á que lo hiciesen en uso de su accion.

16 Pero en la última parte de la ley se dispone claramente que no pueda el juzgador publicar los dichos de los testigos si alguna de las partes no lo demandare.

17 La *ley* 11. *tít.* 17. *Part.* 3. dispone que siendo hecha la pesquisa en cualquiera de las maneras que se dijo en la *ley* 1. *del propio tít. y Part.* debe el rey ó los juzgadores dar traslado de ella á aquellos, á quien tocare, de los nombres de los testigos, y de los dichos de ellos, para que se puedan defender de su derecho, diciendo contra las personas de la pesquisa en los dichos de ellos; y hayan todas las defensiones que habrian contra otros testigos.

18 Por lo literal de esta ley parece cierto, que el rey ó el juez de la

pesquisa puede y debe manifestarla de oficio para los fines y defensas que se explican en ella, sin esperar á que se promueva y pida su publicacion por las partes; pero debe observarse que en las dos maneras de hacer pesquisas, de que habla la citada *ley* 1., siempre hay parte que estimula al juez á que continúe la causa. Tal es la fama pública y la sindicacion que resulta, y se halla justificada en bastante forma por la informacion de la pesquisa contra muchos ó contra alguno; que debiendo tenerse por reos, es necesario dar satisfaccion á la vindicta pública, que clama incesantemente al juez para que continúe la causa segun su estado y naturaleza; y es lo mismo que si dijera que pide publicacion de los testigos del sumario para que los reos á quienes toca puedan hacer sus defensas; concluyéndose por estos principios que en estas dos maneras de pesquisa siempre hay parte que pide la publicacion de los testigos y la comunicacion de sus nombres y de sus dichos á todos los que se interesan en hacer su defensa con el conocimiento que corresponde.

19 La tercera manera de pesquisa, de que habla la citada *ley* 1., es cuando las partes se avienen queriendo que el rey, ó aquel que el pleito ha de juzgar, mande hacer la pesquisa, y en ella tienen mas influjo las partes que el mismo juez; pues aviniéndose en que se libre el pleito por la pesquisa sin que sean mostrados los testigos ni los dichos de ellos, no debe el juez publicarlos; pero bien podrá librar el pleito por sus dichos, siguiendo la avenencia de las mismas partes, que es lo mismo que si estas dijesen que renuncian cualquiera defensa, que pudieran hacer, tachando las personas de los testigos ó sus dichos.

20 De aquí podria excitarse otra duda reducida á si en las causas civiles y ordinarias, de las cuales se trata principalmente en este capítulo, aunque no se haga publicacion de probanzas, porque las partes no la pidan, y el juzgador no pueda hacerlas de oficio, segun se ha fundado, podrá sin embargo el juez proceder á dar sentencia, y que efectos producirá.

21 Cuando alguna de las partes pide publicacion de testigos, y el juez la niega en auto positivo y separado, ofende su derecho, y le hace notorio agravio privándole de aquella instruccion que le conceden las leyes, y con que podria mejorar sus alegaciones y defensas; y por este notable perjuicio que le irroga, es apelable dicho auto, aunque sea interlocutorio, como se deduce de la *ley* 3. *titul.* 18. *lib.* 4., y lo comprueba abiertamente Salg. *de Reg. protection part.* 2. *cap.* 1. *n.* 158.

22 Pero si no apelase del enunciado auto, se entiende que lo consiente la parte, porque la publicacion corresponde en la opinion mas probable al órden de la justicia, que puede renunciar y consentir, y no toca á lo sustancial del juicio, como lo explica el mismo Salgado con otros que refiere en el citado *cap.* 1. *part.* 2. *n.* 158.

23 En su consecuencia podrá el juez faltando la apelacion de las partes dar sentencia difinitiva: porque el defecto de apelacion induce consentimiento y una especie de avenencia en ellas para que sin publicar los testigos pueda determinar la causa del mismo modo que se dispone en la *ley* 1. *tít.* 17. *Part.* 3.

24 Si en el mismo caso propuesto de que pida alguna de las partes publicacion omitiese el juez deferir á ella ó negarla, procediendo á dar sentencia difinitiva, este procedimiento contiene el mismo agravio indicado, y es necesario que se repare por medio de la apelacion, porque en su defecto se entiende consentida la sentencia, y pasará en autoridad de cosa juzgada.

25 El tercer caso es cuando las partes pasado el término de la prueba no han pedido su publicacion, y el juez procede á dar su sentencia privando con ella á los litigantes de la facultad, que tenian de pedir en el tiempo que juzgasen oportuno la publicacion de testigos, y de alegar lo conveniente contra sus personas ó dichos; y como en este procedimiento

del juez se incluye una tácita denegacion de la publicacion que podian pedir las partes, es equivalente este caso al anterior, y pide el mismo remedio de la apelacion; por cuyo medio revoca el juez superior el auto en que se negó la publicacion, y la manda hacer devolviendo los autos para que en su vista usen las partes de su derecho, proponiendo tachas á los testigos ó á sus dichos, que son los fines á que se dirige su publicacion, y espresan las leyes citadas.

26 Si la apelacion se interpuso de la sentencia difinitiva que dió el juez, omitiendo deferir á la publicacion pedida por alguna de las partes, ó por no haberla pedido, que son los dos casos propuestos, el juez superior declara nula la sentencia, y á mayor abundamiento la revoca como notoriamente injusta, y reponiendo la causa al estado que tenian los autos al tiempo en que estaba pedida, ó podia pedirse la publicacion, se devuelven para los mismos fines insinuados.

27 La *ley* 10. *tít.* 6. *lib.* 4. (Ley 3. tít. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) señala la forma de llegar á la publicacion, reducida á que alguna de las partes pida que se comunique traslado á la otra: que se acuse la rebeldía sino respondiere en el término que se le concede; y que con sola esta rebeldía se mande hacer la publicacion de los testigos.

28 La misma enunciada ley ofrece alguna márgen para dudar de esta fórmula sencilla observada generalmente en los tribunales; pues refiere y manda: «Que quando el Procurador diere peticion, que si ay probanza se haga publicacion, y si no se aya el pleyto por concluso; que dándose traslado de esta peticion, y acusándole otra Audiencia la rebeldía, no diciendo nada la otra parte, se declare que el pleyto quede concluso.»

29 Es menester observar en el contexto de la referida ley que si el prócurador pidiere las dos cosas, esto es, que se haga publicacion si hay probanza, ó que se tenga el pleito por concluso si no la hay, se determina y reduce la declaracion á la segunda parte de que el pleito quede concluso; pero, esto debe entenderse en el supuesto de que no hubiese probanza por ninguna de las partes; pues habiéndola se manda hacer publicacion, y no tiene lugar entonces la conclusion del pleito.

30 El fin principal de esta ley fué acordar los medios de cortar dilaciones, y abreviar los pleitos, como se manifiesta en su principio: «Porque los pleytos se abrevien, y cesen las dilaciones en ellos.» Para lograr este importante fin dispone que con sola una rebeldía se concluya: «Acusándole otra Audiencia la rebeldía, no diciendo nada la otra parte, se declare que el pleyto quede concluso.»

31 Ya estaba dispuesto en la ley anterior próxima que con dos escritos que presentase cada parte quedase el pleito concluso; y consiguiente á este intento se estableció en la ley siguiente otro medio de que se concluyese en los pleitos con una sola rebeldía. Á este intento aplicó la ley todo su cuidado, haciendo supuesto de que no se hubiese hecho prueba; pues la parte que pedia publicacion en caso de haber probanza, indicaba no haberla hecho por sí, y lo mismo se infiere con respecto á la otra que acusada la rebeldía nada dijo en el término en que debia hacerlo.

32 Mayor duda puede concebirse en otra disposicion que contiene la misma ley hacia el fin, á saber: Que «quando la una parte presentare su probanza, y la otra concluyere sin embargo de ella por peticion; en este caso queda el pleyto por concluso; y así se provea, y mande.»

33 En esta parte sigue la ley el mismo propósito de tener el pleito por concluso con una sola rebeldía, aunque las otras partes no concluyan; y supone que con haber presentado la una su probanza, y comunicádose á la otra, estaba hecha la efectiva publicacion; y que no teniendo que decir contra los testigos ni sus dichos, concluya sin embargo la probanza, dándose con esto fin al pleito, y evitando mas traslados y dilaciones.

34 La publicacion de probanzas se dirige á tres fines, en que se interesa la natural defensa de las partes: el primero es que se instruyan de si han probado bien su intencion en lo que demandan ó excepcionan: el segundo que se propongan los defectos que hallasen en las personas de los testigos, que puedan influir en derogar ó debilitar su fe; y el tercero que concluyendo sus dichos manifiesten su contradiccion de hecho, y puedan probar su falsedad por los medios que permiten las leyes: *ley* 1. *tít.* 8. *lib.* 4.: *ley* 37. *tít.* 16. *Part.* 3.: *ley* 11. *tít.* 17. *de la misma Part.*

35 Los abogados en cumplimiento de su oficio deben tomar las defensas de las partes, y manifestar su justicia sin que puedan excusarse de este cargo, pues se interesa en él la causa pública. De consiguiente pueden ser apremiados de oficio por el juez á que admitan y tomen á su cuidado la defensa de los pleitos; pero deben hacerla con la buena fe y rectitud que corresponde, prestando su auxilio á la parte que defienden en lo que entendieren ser justo sin molestar con maliciosas dilaciones ni fraudes á las contrarias; pues para que así lo cumplan, se ligan cuando reciben sus oficios con el juramento general que indican las leyes, y ademas se les puede exigir en cualquier estado del pleito, y deben hacerlo sin excusa ni dilacion.

36 Admitida por el abogado la defensa de alguna causa está obligado á continuarla hasta que llegue á entender que no es justa; y á fin de asegurarse de este concepto, debe tomar razon de los hechos que refieren las partes antes de entrar en el pleyto; y si no los probasen, está en obligacion el abogado de manifestarles que no tienen justicia para que se aparten de su seguimiento, y él mismo lo debe hacer, y no continuar en su defensa.

37 Esto es lo que repiten con estrecho encargo las *leyes* 1. 12. *y* 13. *tít.* 19. *lib.* 2. *del Ordenam. Real*, las 2. 14. *y* 22. *tít.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* y la 13 *tít.* 6. *Part.* 3.; y como de las probanzas ha de resultar el dictámen que formen los abogados acerca de la justicia del pleito, sirve su publicacion para este importante fin.

38 Poner tachas á los testigos es decir que tienen defectos que excluyen ó disminuyen su fe, de manera que no deben ser creidos, ó á lo menos hacen dudar de su verdad. Estos vicios vienen de varias causas, y tiene gran parte en su graduacion el arbitrio del juez, como se refiere en diferentes leyes, señaladamente en la 8. y siguientes, *tít.* 16. *Part.* 3., en la 2. *tít.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.*; y en la 3. con todos sus capítulos *ff. de Testib.*

39 Para ocurrir á la malicia con que muchas veces se ponian tachas generales á los testigos impidiendo á la otra parte su justa defensa en la prueba con que podria convencer la falsedad de los defectos que se imputaban á los suyos, se ordenó en la *ley* 2. *tít.* 8. *lib.* 4. (Ley 2. tít. 12. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Que no sean recibidas tachas generales, salvo aquellas »que singularmente fueren especifica»das, y bien declaradas;» y para no dejar duda en la forma con que debian proponerse, refiere algunos ejemplares diciendo: «Que si pusieren con»tra el testigo que es descomulgado, »declaren si es excomunion mayor, y »quién lo descomulgó, y por qué ra»zon, y en qué tiempo, y lugar, y si »dixere que dixo falso testimonio de»clare en qué tiempo, y en quál pley»to; y si dixere que es perjuro, decla»re en qué caso y lugar, y tiempo, »y por quál razon; y si dixere que »es homicida, declare á quién mató á »tuerto, y en qué tiempo, y lugar; y »así declare, y especifique todas las »otras tachas, que el fuero pone con»tra los testigos.»

40 En esta especificacion que requiere la ley, para que las tachas sean admitidas, no hay singularidad alguna, porque lo mismo se apetece en toda demanda, ya sea de cosa mueble ó ya de inmueble, como se dispone en las *leyes* 15. *y* 25. *tít.* 2. *Part.* 3., y en la 4. *tít.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 4. tít. 3. lib. 11. de la Nov. Recop.)

41 Dos observaciones conviene hacer sobre lo que disponen las leyes acerca de poner tachas á los testigos

despues de la publicacion. La primera observacion consiste en que presentado y admitido el interrogatorio, se manda que al tenor de las preguntas que contiene sean examinados, y declaren los testigos que presentare la parte con citacion de las contrarias.

42 En esta citacion se incluye: «Que recebir deve el Judgador la jura »de los testigos, ante que aya su tes»timonio. É esta jura deve tomar, se»yendo la parte delante contra quien »son aduchos, faciéndogelo ante saber, »é señalándole el dia á que venga ver »como juran.» Esta es la disposicion literal de la *ley* 23. *tít.* 16. *Part.* 3. Si la parte citada compareciere á este acto, podrá conocer los testigos, su calidad y defectos, y manifestarlos con direccion á su repulsa, ó á indicar á lo menos que no aprueba su persona y calidad; pues no haciéndolo así parece que los tiene por idóneos, y que no podrá despues impugnarlos.

43 Instruida la parte que los presenta de las excepciones y tachas que ponen á sus testigos antes de recibir sus dichos, podria presentar otros, y excusarse de sufrir las dilaciones y contingencias de que se estimasen y declarasen despues de su publicacion por legítimas las tachas indicadas, y de que quedase sin efecto su probanza; y ocurriendo á este daño sin entrar en las discusiones de nuevas pruebas acerca de los defectos de sus testigos, se evitaria tambien que aquellas diligencias judiciales quedasen ilusorias, y que cuando las leyes estrechan sus disposiciones por todos los medios posibles para que los pleitos se abrevien, se convierta en dilatarlos el silencio de la parte contraria, que pudo y debió manifestar lo que entendia acerca de los testigos presentados.

44 Si la parte que fué excitada para ver jurar y presentar los testigos es rebelde, y no quiere comparecer, induce con superior razon su consentimiento acerca de la aprobacion é idoneidad de los testigos, y no podrá impugnarlos despues.

45 Si impugnase las deposiciones ó los testigos antes de la publicacion, seria mas autorizada y sencilla la intencion del que propone las tachas, presumiéndose que usaba de este medio como necesario á su natural defensa; pero despues de publicados sus dichos, y viendo que son contrarios á su intencion, es fácil excitarse maliciosamente á buscar y proponer tachas contra ellos, valiéndose de otros que por sobornos ú otros medios ilícitos prueben las tachas propuestas.

46 Pasado el término de prueba, y hecha su publicacion, no puede la parte probar su intencion en la primera instancia ni aun en las ulteriores sobre los mismos artículos ú otros derechamente contrarios: *ley* 5. *tít.* 6., y la 4. *tít.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 9. tít. 11. lib. 11.: y 6. tít. 10. lib. 11 de la Nov. Recop.); y viene á quedar indefensa, cuando acaso hubiera probado su justicia con otros testigos libres de toda sospecha (en cuyo concepto tendria los que habia presentado), si la parte contraria se la hubiera indicado ó propuesto al tiempo en que los vió presentar y jurar.

47 Esta doctrina está calificada en las leyes y en los cánones, como fundada en las razones sólidas que van expuestas. La *ley* 11. *tít.* 3. *Part.* 3. supone que los demandados pueden proponer sus defensas, no solo antes que el pleito sea comenzado por respuesta, de que habla la ley anterior, mas aun despues. «E esto seria quando aduxesen á al»guno por testigo contra el demanda»do, para provarle aquello quel de»mandaban en juicio, é él pusiese de»fension contra el testigo, que non de»ve ser recibido su testimonio, porque »non era de dar, ó porque era siervo.»

48 Lo mismo sucede en las otras defensiones semejantes comprendiéndose todas con entera uniformidad en la disposicion que refiere la misma ley en las siguientes palabras: «Ca tales »defensiones como estas, ó otras seme»jantes dellas, dévelas caber el Judga»dor, é non deve ir adelante por el »pleyto principal, fasta que dé senten»cia sobre ellas. E á estas defensiones, »é á las otras que de suso fablamos, »en la ley que comienza: «Conoscen»; y al fin concluye así: «É son de tal »natura, que las pueden las partes po-

»ner, ante que el pleyto sea comenza»do por respuesta, é aun despues, fas»ta que venga el tiempo, en que quie»ran dar el juicio.»

49 En los mismos términos y con mayor expresion procede el *cap.* 31. *ext. de Testib.*, el cual establece por regla que publicados los testigos no es libre á las partes poner tachas á sus personas. A esta regla señala tres limitaciones: una cuando al tiempo en que se presentaron y juraron los testigos, ó en cualquiera otro antes de la publicacion, hubiese protestado la parte que tenia que decir contra los testigos presentados por la contraria: otra que hecha la publicacion jurasen que no ponian las tachas por malicia; y la tercera si probasen haber venido á su noticia los defectos de los testigos despues de publicados.

50 Las dos enunciadas disposiciones de la ley y del capítulo canónico citado conceden entera libertad para poner tachas á los testigos antes de su publicacion; pero la coartan para hacerlo despues, pues imponen á la parte que lo intente la obligacion de jurar y probar los hechos en que se fundan las tres excepciones ó limitaciones referidas.

51 Alguna variacion hicieron las leyes posteriores acerca de lo establecido en las de *Partida* y en el derecho canónico sobre algunos artículos. Cuál sea esta variacion, y si ella ha podido mejorar el interes de la causa pública, el de las partes, y la mayor seguridad en la administracion de justicia, se manifestará con una sencilla y exacta combinacion en las mismas leyes.

52 La *ley* 1. *tít.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* manda (Ley 1. tít. 12. lib. 11. de la Nov. Recop.): «Que hecha la pu»blicacion de los testigos en cualquier »de las instancias, cada una de las »partes que quisiere decir su inten»cion de bien probado, ó tachar, ó »contradecir en dichos, ó en personas »los testigos, y probanzas, que la otra »parte hubiere presentado, lo diga, y »alegue dentro de seis dias despues de »hecha la publicacion, y notificada á »la parte, ó á su Procurador, y no »dende en adelante.»

53 La *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 3. *del Ordenamiento* conviene con la antecedente, á excepcion de que esta señala por término perentorio despues de la publicacion para contradecir y tachar los testigos que quisieren las partes, así en dichos como en personas, el espacio de ocho dias, viniendo á ser dos dias la diferencia única en el término que prefijan estas dos leyes para dicho efecto.

54 No excluyen las dos expresadas leyes facultad en las partes para poner tachas á las personas de los testigos al tiempo en que se presentan y juran, y antes de la publicacion de probanzas, antes bien conviene en esto con la enunciada *ley* 11. *tít.* 3. *Part.* 3., y con el *cap.* 31. *ext. de Testib.*

55 Tambien permiten las dos referidas leyes que publicados los dichos de los testigos puedan las partes poner tachas á sus personas; en cuyo artículo estan igualmente conformes con la citada ley de *Partida*, que les concede la misma facultad de que puedan poner tachas hasta la conclusion de la causa, que es cuando tiene estado para dar sentencia; y esto es lo que demuestra la última disposicion de la ley en la forma siguiente: «É son de »tal natura, que las pueden las partes »poner, ante que el pleyto sea comen»zado por respuesta, é aun despues, »fasta que venga el tiempo, en que quie»ran dar el juicio;» sin que se halle expresion alguna que prohiba poner tachas á las personas de los testigos despues de su publicacion.

56 Convienen asimismo estas leyes en el artículo de que se pueden poner tachas á los testigos despues de publicados con el citado *cap.* 31. *de Testib.*; y solo se diferencian en que para hacerla en este caso segun la disposicion canónica, ha de preceder alguna de las tres condiciones que señala; y son que al tiempo en que se presentan y juran los testigos, protesten las partes poner tachas á sus personas, y juren que no las ponen de malicia, ó prueben que vinieron á su noticia despues de la publicacion.

57 La enunciada *ley* 11. *títul.* 3. *Part.* 3. hacia suspender el curso del

pleito principal, cuando se ponian tachas á los testigos al tiempo de presentarse y jurarse: porque pareciendo al juzgador tales que debiesen admitirse, las recibia á prueba, y daba sentencia sobre ellas; y despues corria el pleito principal.

58 En esta ley no se habla de las excepciones y tachas que pueden ponerse á los dichos de los testigos. Lo mismo sucede en el *cap.* 31. *ext. de Testib.*; pues se supone que no han hecho sus declaraciones, ni han comunicado á las partes despues de su publicacion.

59 La *ley* 37. *tít.* 16. *Part.* 3. refiere el tiempo y formalidades con que debe hacerse la publicacion de testigos; y despues ella dice: que se debe dar traslado de sus dichos á las partes para el fin entre otros de probar con distintos testigos que aquello que atesguaron los primeros contra él fué mentira, ó que lo declararon por interes que les dieron ó que les prometieron dar; y esta particular disposicion, que es relativa á los dichos de los testigos despues de publicados, confirma que la citada *ley* 11. *tít.* 3. *Part.* 3. habló solamente de sus personas y de las tachas que les podian poner las partes antes de sus declaraciones; y acredita tambien que deben recibirse á prueba las tachas que se ponen á los dichos de los testigos.

60 De aquí resultaria que proponiendo las partes sus tachas ó excepciones á los dichos de los testigos despues de publicados, ya fuese libremente conforme á la letra de la *ley* 11., ó con las precauciones que contiene el citado *cap.* 31., era preciso recibirlas á prueba con término competente; y se verificarian dos probanzas sobre tachas, una respectiva á la de los testigos, y otra á la de sus dichos, dilatando los pleitos con gran daño del público y de las partes.

61 La enunciada *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tít. 12. lib. 11. de la Nov. Recop.) enmendó estos perjuicios, disponiendo reservar la prueba para comprender unidamente las tachas de los testigos y las de sus dichos despues de publicados; pues aunque tachen antes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspende el pleito principal, ni se reciben á prueba, reservando hacerlo en el oportuno despues de la publicacion.

62 Y aun en este tiempo y caso concurre otra circunstancia de gran momento á favor de esta última disposicion, y es que no se da sentencia sobre las tachas que se ponen á los testigos ni á sus dichos, y solo sirve su prueba para instruir el ánimo del juez de la fe que debe darles, y proceder á la sentencia del pleito principal.

63 Aunque muchos autores trataron de esta materia, como son Acev. *in* 1. *leg.* 1. *tit.* 8. *lib.* 4., Covar., *Practicar. cap.* 18. *n.* 5., Gonzal. *in cap.* 31. *de Testib.*, Avendañ. *respons.* 21. y otros que refieren, no la explican con la distincion necesaria, y dan motivo sus opiniones á que se confundan los profesores y no hagan buen uso de lo que con tanta solidez disponen las leyes.

64 La segunda observacion que conviene hacer en esta materia consiste en que no se deben presentar ni admitir declaraciones de testigos sobre los mismos artículos en que hayan declarado otros, estando publicados sus dichos, ni sobre los que sean derechamente contrarios, por el temor de que esten sobornados, que es la causa que se motiva en la *ley* 5. *tit.* 6. y en la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Rec.*, y en la 37. *tit.* 16. *Part.* 3. *al principio*, y en *Clementina* 2. *de Testib.* (Ley 9. tit. 11. lib. 11. y 6. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)

65 En la misma *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. se pone por limitacion á la regla indicada que puedan probar las partes con otros testigos que fué mentira lo que declararon los primeros contra alguna de ellas; y en esto se manifiesta que lo hacen sobre artículos derechamente contrarios; y lo mismo se contiene virtualmente en la prueba de las tachas que respectivamente se ponen á los dichos de los testigos, y de que hablan las *leyes* 1. y 3. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 1. tit. 12. lib. 11. y 3. tit. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.)

66 Estas leyes estan convenidas en que el probar en manera de tachas la falsedad de lo que dijeron los testigos únicamente se debe hacer por un medio indirecto, acreditando que el hecho que han declarado y asegurado los primeros testigos, no pudieron verlo ni saberlo por estar ausentes del lugar en que sucedió, ó que lo estaba la parte á quien se atribuye; viniendo á resultar una demostracion de ser falso lo que en estas circunstancias declararon los testigos, comprendiéndose en la proposicion ó declaracion de los segundos un artículo nuevo acerca de la ausencia y distancia del lugar á que se refieren los primeros, cuya prueba se llama *coartada*, admitida en el *cap.* 35 *de Testib.* y explicada en los propios términos en la glosa, *Fuere mentira*, de la citada *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3.

67 Para decir y alegar las tachas contra las personas de los testigos ó sus dichos señala la citada *ley* 1. el término perentorio de seis dias, que empiezan á correr desde que se notifica á la parte ó á su procurador el auto de publicacion. Esto es á la letra lo que dispone la ley; pero debe entenderse de un modo efectivo y posible, sin que puedan empezar á correr los seis dias sino desde aquel tiempo en que las partes hayan visto los testigos que declaran en la probanza contraria, y combinado sus dichos para asegurarse de la calidad y vicios de sus personas, de la falsedad que contengan sus declaraciones, y del medio de probarlas; pues de otro modo correria el término de los seis dias contra el ignorante ó impedido.

68 Este pensamiento, ademas de ser fundado en las razones y reglas generales que se indican, se demuestra y comprueba mas claramente por la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Ordenam.*; pues tratando de este artículo dice lo siguiente: «E presentados los testigos »dentro en los términos de la proban»za, segun mandan las leyes de este »nuestro libro, y segun fuero, y uso »de nuestra Corte, é publicados sus di»chos, y dada la copia de ellos á las »partes, sea asignado término perento»rio de ocho dias á ambas las partes, »para contradecir, y tachar los testi»gos que quisieren, así en dichos, co»mo en personas.»

69 En esta disposicion se ve claramente que el término de los ocho dias no se asigna, ni empieza á correr hasta que está entregada á las partes copia de los testigos y sus dichos, por medio de la que se informan de las personas y de lo que declaran; y pueden aprovechar útilmente el término de los ocho dias para deliberar si han de poner tachas á las personas de los testigos ó á sus declaraciones, cuáles han de ser, y los medios de probarlas.

70 La *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. supuesta la publicacion que hace el juzgador, continúa en los términos siguientes: «Otrosí deve dar traslado »de los dichos de los testigos á las par»tes, porque el demandador pueda ver »si ha provado su intencion, y el de»mandado se pueda acordar, si ha de »decir alguna cosa contra ellos.»

71 La copia de los testigos y sus dichos, y el traslado de ellos, es una misma cosa; y así convienen la citada *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Ordenam.* y la 37. *tit.* 16. *Part.* 3. en que no empieza el término señalado para poner tachas sino desde el dia en que las partes hayan podido ver los nombres de los testigos y sus declaraciones, ya las vean por la copia autorizada, ó traslado que se daba en lo antiguo, segun lo apunté en el capítulo III. de esta parte núm. 33. con autoridad de las *leyes* 26. *tit.* 23. *Part.* 3.: 112. 113. *y* 114. *tit.* 18. *de la misma Part.* 6. *tit.* 3. *de la mism. Part.*; y 9. *tit.* 20. *lib.* 2. *de la Recop.*; ó ya en los autos originales, como se hace ahora, entregándose por su órden á las partes, sin que la una pueda instruirse de lo que han declarado los testigos hasta que volviendo la otra los autos que con anticipacion habia tomado, se los entreguen por el término competente.

72 Habiendo cumplido las partes con poner las tachas que les pareciere dentro de los seis dias señalados en la citada *ley* 1., debe el juez recibirlas á prueba en el mismo auto en que las

admita sin dar traslado de ellas; pues ni lo previene la ley, como lo hace en todos aquellos casos en que lo considera necesario, ni se observa en los demas interrogatorios ó artículos que se proponen.

73 Podrá dudarse si este auto ó sentencia de prueba de tachas se ha de proveer luego que pasen los seis dias despues de la publicacion, ó si se debe dilatar algun tiempo mas; y se deduce esta duda de la misma *ley* 1., pues no señala término al juez para dar sentencia, por cuyo medio reciba las tachas á prueba, y queda de consiguiente á su arbitrio hacerlo luego que se hayan puesto por alguna de las partes, especialmente pasado el término en que las otras podian ponerlas.

74 Por otra parte se debe considerar que la *ley* 3. *del propio título y libro* permite á los menores y á las demas personas y comunidades que tienen privilegio para pedir restitucion *in integrum*, que lo puedan hacer dentro de quince dias contados desde la publicacion de probanzas; y manda que no se reciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos quince dias.

75 En esta ley se ofrecen dos observaciones: la primera que cuando entre las partes que litigan haya alguna que pueda pedir restitucion para hacer, ó ampliar su probanza, no puede el juez recibir á prueba las tachas que haya puesto alguna de las partes hasta que pasen los dichos quince dias.

76 La segunda observacion consiste en que se deben distinguir dos casos para que tenga lugar la disposicion de la citada *ley* 3. acerca de las tachas y su prueba: el uno si el menor no ha hecho prueba en el término ordinario; y entonces no los hay para que puedan ponerse tachas, á menos que litigando otras personas sean respectivas á sus testigos; pero si el menor hubiese hecho alguna prueba, y la restitucion fuese para ampliarla, pues de uno y otro caso habla la ley, como lo manifiestan sus palabras: «que agora haya hecho probanza, ó no,» tendrian lugar las tachas contra los testigos examinados antes de la publicacion, y se suspenderia recibir las pruebas hasta ser pasados los quince dias que señala la misma *ley* 3.

77 En esta *ley* 3. se trata principalmente de la restitucion que pueden pedir los menores, y los que gocen de su privilegio, y del tiempo en que deben hacerlo, esto es, dentro de los quince dias despues de la publicacion; pero teniendo presente que las otras partes que litigan podian poner tachas á los testigos examinados en el término ordinario, y á sus dichos, y que le corrian los seis dias perentorios desde la publicacion conforme á la *ley* 1. *del propio título y libro*; y considerando al mismo tiempo que puestas las tachas en los seis dias referidos podia el juez recibirlas á prueba al siguiente dia por no limitarle esta libertad la citada ley, como se demuestra de sus mismas palabras: «Que den sentencia en que reciban á »prueba de ellas;» fué necesario prevenir á los jueces que en el caso y circunstancias de que hubiese menor ú otra persona ó comunidad, que gozase de igual privilegio, «no recibie»sen á prueba de tachas hasta pasa»dos los dichos quince dias.»

78 Esta particular disposicion es negativa, y todo su efecto se completa en no recibir á prueba de tachas dentro de los quince dias; pero no se extiende á declarar si pasados estos puede el juez dar sentencia en que las reciba á prueba, ó si la ha de suspender hasta que el menor haga la suya en el pleito principal, esperando de consiguiente á que pase todo el término que para ejecutarla le conceda el juez, no excediendo de la mitad del ordinario que permita la ley.

79 Para resolver con acierto y seguridad esta duda, en que concebia yo cuando me ocurrió grande dificultad, reconocí con diligencia y cuidado los autores que podrian haberla suscitado con motivo de tratar de la citada *ley* 3. y de su inteligencia y exposicion; pero no hallé lo que buscaba.

80 Acevedo resume la enunciada

*ley* 3. en dos partes: propone en la primera la restitucion que compete á los menores, y el modo y tiempo en que deben pedirla: *qualiter, et quo tempore, quis, factis publicationibus, auditur per viam restitutionis, ut possit probare suam intentionem in prima etiam instantia, traditur in presentiarum:* en la segunda resuelve la duda acerca de las tachas de los testigos: *Usque dum labitur tempus per viam hujus restitutionis assignatum ad probandum, non est assignandus terminus ad objiciendum contra testes, et est notabilis lex, et practicarum quotidie.*

81 Esta segunda parte de su resolucion no es conforme á la letra ni al intento de la citada *ley* 3.: porque no se trata en ella de si ha de señalar tiempo ni cuanto para poner tachas á los testigos, antes bien supone que deben hacerlo dentro de seis dias contados desde su publicacion; y queda reducida la disposicion de la ley en este artículo á que durante los quince dias no se ha de señalar término para probarlas, que es á la verdad muy diferente del resúmen que hace Acevedo en la segunda parte.

82 En su glosa ó comentarios solamente trata de la restitucion de los menores y de los demas que gozan de su privilegio, del tiempo en que deben pedirla, y término en que deben probar su intencion en primera instancia, con otras incidencias comunes en esta materia, sin que haga memoria de la disposicion particular sobre la prueba de tachas.

83 Paz trató de la misma restitucion por efecto de la citada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4.; pero omitió enteramente la disposicion particular en cuanto á la prueba de tachas, como se reconoce desde el *num.* 129. *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8.

84 El autor de la *Curia Philípica en la part.* 1. *del Juicio Civil* §. 17. *n.* 41. procedió con igual omision acerca de este artículo; y en el ordinario de tachas se le advierte una equivocacion, pues dice lo siguiente: «La »prueba de tachas se hace despues de »la publicacion de probanzas en el tér»mino de seis dias, despues que se en»tregan los autos á las partes para »alegar.» Y debe decir que las tachas se han de poner dentro de dichos seis dias, y su prueba se ha de hacer en el término que señale el juez, no excediendo de la mitad que concede la ley.

85 No pudiendo recurrir á la inteligencia que han dado los autores á la duda indicada, ni habiendo visto en la práctica de los tribunales caso alguno en que hayan concurrido las circunstancias que dan lugar á la cuestion, diré lo que me parece con presencia de los fundamentos que pueden alegarse por una y otra parte.

86 Supongo lo primero la regla establecida en la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 12. lib. 11. de la Nov. Recop.) de que puestas las tachas en los seis dias despues de la publicacion, pasados éstos puede el juez recicibir á prueba inmediatamente.

87 Supongo lo segundo que la *ley* 3. limita aquella regla y suspende la facultad del juez por quince dias contados desde la publicacion de probanzas, para que dentro de ellos no reciba á prueba las tachas.

88 De estos antecedentes viene otra regla comun reducida á que la causa limitada produce efecto limitado; y así lo que se prohibe por cierto tiempo queda concedido despues de él; pues semejantes prohibiciones son de estrecha y rigurosa naturaleza, y no se extienden de un tiempo á otro ni de uno á otro caso, y dejan correr pasado dicho tiempo aquella anterior y nativa facultad que se detuvo y suspendió por el limitado luego que éste pasa. Estas proposiciones estan recibidas como principio de buena razon por todos los autores: Castill. *Controversiar. lib.* 4. *cap.* 45.: Menochi. *lib.* 2. *consil.* 151. *num.* 48. y otros muchos que refieren; de donde resulta que disponiéndose en la citada *ley* 3. que no se reciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos quince dias, queda expedita la facultad del juez para hacerlo luego que pasen.

89 Las palabras de la ley se deben entender llanamente como suenan, y

en su propia y natural significacion; y si hubiera querido que no se recibiese á prueba de tachas hasta pasado el término que se concediese al menor para hacer la suya en el pleito principal, lo hubiera explicado: porque es cosa esencialmente diversa no recibir á prueba de tachas hasta pasados los dichos quince dias, y no hacerlo hasta que pasen los mismos quince dias y ademas los cuarenta que comunmente se conceden al menor para el fin indicado.

90 El término de la prueba de tachas no puede exceder de cuarenta dias, que es la mitad del ordinario. El mismo término se concede al menor para probar en lo principal del pleito cuando pide restitucion; y podrian correr uno y otro en el mismo tiempo para abreviar en lo posible la causa; pudiendo haber sido esta una de las que tuvo en consideracion la ley para mandar que no se recibiese á prueba de tachas separadamente, y que se esperase á que pasasen los dichos quince dias.

91 Por la parte contraria se descubren fundamentos mas sólidos que hacen formar á su favor la resolucion; esto es, que no se reciba á prueba de tachas hasta que pasa todo el término que se haya concedido al menor para hacer su probanza, ya sea el todo de los cuarenta dias, ú otro menor á que lo haya limitado el juez en uso del arbitrio y facultad que le concede la ley; y aun digo mas, que no basta que pase dicho término para recibir á prueba de tachas, sino que se debe esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya hecho el menor en uso de la restitucion.

92 La prueba de esta opinion se demostrará por seguros principios si se distinguen dos casos, que son los que pueden ocurrir en esta materia, cuyo discernimiento la pondrá en la mayor claridad.

93 Si el menor que tiene facultad para pedir restitucion despues de la publicacion no usó de ella dentro de los quince dias que la ley señala, puede el juez recibir á prueba de tachas inmediatamente, luego que son pasados los dichos quince dias; y de este caso habló solamente la ley, y es adaptable á él su particular disposicion.

94 Esta ley contiene tres partes, cuales son pedir restitucion, concederla, y hacer en su consecuencia la probanza. Para la primera parte señala quince dias perentorios; y estando pendiente en ellos la libertad de pedir restitucion, era preciso se suspendiese la prueba de tachas hasta que se viese si deliberaba el menor usar de su privilegio, por no exponerse á que fuese nula, y á que quedase ilusoria la sentencia de prueba de tachas, como lo quedaria indefectiblemente si despues de ella, y en el término de los quince dias, pidiese el menor la restitucion y se le concediese como era preciso.

95 El efecto de la restitucion *in integrum* quita de en medio la publicacion, y todo cuanto posteriormente se hubiese obrado, fingiendo que no han intervenido tales actos, y que está todavía dentro del término ordinario de la ley, y aun en medio de él; y que el menor usando entonces de aquella facultad comun que tienen todas las partes, aunque no sean menores, hace su prueba en los cuarenta dias que se le conceden, aprovechándose de los mismos las otras partes, como pudiera hacerlo si realmente no hubiese pasado y se conservase el primer término ordinario. Todo esto se demuestra por sus partes en las leyes, autoridades y observaciones que se contienen en el capítulo IX. de estas *Instituciones* señaladamente desde el num. 4.

96 Por consecuencia se viene á parar en las tres reglas que se han notado en este capítulo y prescriben las leyes citadas: la primera que durante el término de prueba no se puede pedir, ni hacer la publicacion de probanzas: *ley* 39. *tit.* 1. *lib.* 3.: la 3. *tit.* 10. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 47. tit. 2. lib. 5., y 1. tit. 37. lib. 12. de la Nov. Recop.); y la 37. *tit.* 16. *con la* 11. *tit.* 17. *Part.* 3.: la segunda que antes de la publicacion solamente pueden ponerse ó indicarse tachas á las perso-

nas de los testigos, pero no á sus dichos, porque estan reservados hasta que se publican; y la tercera que despues de la publicacion es mas amplia la facultad de poner tachas á los testigos y á sus dichos; y es privativo de este tiempo y lugar recibirlos á prueba, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.*

97 Por todos estos principios se demuestra que no podia tener lugar la prueba de tachas puestas por alguna de las partes en el término de los seis dias despues de la publicacion, si pedida la restitucion *in integrum* por el menor en los quince que le concede la citada *ley* 3., se le diese término para hacer su probanza, que seria en este caso comun á las otras partes.

98 Los testigos presentados para las pruebas se han de publicar en la forma y con las mismas solemnidades que prescriben las leyes citadas, y para el fin entre otros de contradecir y tachar los testigos y sus dichos; y entonces tiene lugar la sentencia de recibirlas á prueba comprendiendo en ella, no solo las que se hayan puesto á los examinados en el término de la restitucion, sino tambien las que estaban anteriormente indicadas, y se hallaban suspendidas por los quince dias referidos.

99 Cumplido el término de la prueba de tachas se publican y comunican las deposiciones á las partes con los autos, y en su vista presentan un escrito, que llaman de bien probado, haciendo en él particular discernimiento de lo que han declarado los testigos con las observaciones oportunas á fin de instruir al juez del mérito de la prueba para la mas acertada resolucion de la causa.

100 Con los escritos de bien probado de todas las partes que litigan se pone la causa en el estado de que concluyan; y no haciéndolo debe declararla el juez por conclusa para difinitiva.

101 No es de necesidad alegar de bien probado, pues cualquiera de las partes puede concluir vistas las probanzas, como lo dispone la *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) *ibi*: «Y quando la una parte presentare su probanza, y la otra concluyere sin embargo de ella por peticion: en este caso queda el pleyto por concluso; y así se provea y mande.»

102 De esta conclusion y sus efectos, y de los que tenga la sentencia difinitiva, trataré en los capítulos siguientes.

## CAPÍTULO XI.

### *De la conclusion de la causa para difinitiva.*

1 Despues que por los medios explicados en los capítulos antecedentes llegaron las partes á decir y alegar en defensa de su derecho cuanto estimaron conducente para manifestarlo, solo resta que las que lo son en el pleito declaren al juez que nada les queda que añadir, alegar, ni probar; y que de consiguiente exciten su jurisdiccion para que interponga su juicio dando la sentencia que acabe el pleito.

2 Por aquí se ve que la conclusion contiene dos partes: la una se reduce á la insinuada manifestacion que hacen las partes al juez de haber cerrado todas sus razones; y la otra á dejar el proceso al arbitrio del juez para que dé su sentencia.

3 Por estos dos respectos quedan las partes contenidas en los límites de un profundo silencio, que les cierra del todo la libertad de alegar ó decir cosa alguna en el pleito; y el intérvalo entre la enunciada conclusion y la sentencia es privativo del juez, y toca al desempeño de su obligacion, quien para llenarla cumplidamente debe examinar con detenida reflexion los hechos del proceso, sin cuyo prévio discernimiento expondria su sentencia á la nota de precipitada y nula segun la *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3.

4 Las dos enunciadas proposiciones de que la conclusion da punto á las alegaciones y pruebas de las partes, y es el término final de ellas, y de que en la misma conclusion empieza el que señalan las leyes al juez para dar su sentencia, se demuestran

por las uniformes disposiciones de las leyes que tratan de la conclusion y de la sentencia.

5 La ley 17. tit. 4. lib. 2. de la Rec. (Ley 7. tit. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.) dispone que las causas que primero fueren concluidas en el Consejo sean primeramente vistas y determinadas: la 24. tit. 5. del propio libro ratifica y manda guardar la anterior ordenanza, añadiendo, para su mas cumplida ejecucion, que en cada sala se ponga de cuatro en cuatro meses una tabla de los pleytos mas antiguos conclusos, para que por su antigüedad se vean y determinen, con otras advertencias que hace en esta razon.

6 En la ley 4. tit. 16. del mismo lib. (Ley 1. tit. 14. lib. 11. de la Nov. Recop.) se hace mérito dos veces de la conclusion, y procede á señalar lo que despues de ella pueden hacer las partes, reducido á informar é instruir al juez de su derecho, alegando leyes y fueros, excluyendo en esto toda alegacion ó prueba en el proceso.

7. La ley 9. tit. 6. lib. 4. (Ley 1. tit. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.), conformándose con lo dispuesto en la 4. tit. 16. lib. 2. (Ley 1. tit. 14. lib. 4. de la Nov. Recop.), repite que con solos dos escritos sea habido el pleito por concluso, aunque las partes no concluyan, así para sentencia interlocutoria ó recibir á prueba, como para difinitiva, indicando en estas últimas palabras el fin de la conclusion, sin que hagan memoria las enunciadas leyes de medio alguno que embarace á dilatar la sentencia.

8 Con mas positiva y determinada expresion excluye todo acto judicial en las partes despues de la conclusion la ley 34. tit. 16. Part. 3.; pues dispone por regla en primer lugar que pasado el término de las probanzas no pueden ni deben recibirse otros testigos; y prosigue con una limitacion respectiva á instrumentos con tal que los presenten antes de la conclusion para difinitiva; ibi: «Salvo ende carta, »ó instrumento. Ca esto bien gelo puede recibir ante de las razones cerradas.»

9 Lo mismo se establece con mayor claridad en la ley 6. tit. 11. lib. 3. del Ordenam. Real: ibi: «Pero bien »queremos, y mandamos, que si la »parte tuviese cartas algunas, ó instru»mentos, que atengan á su pleyto que »las pueda producir, y probar por »ellas, fasta que sean las razones cer»radas, y el pleyto concluso; porque »despues no puede por cartas, ó ins»trumentos mas probanza hacer.» Concuerda en todo lo prevenido en las referidas leyes con el cap. 9. extr. de Fide instrumentorum.

10 Si por las leyes se permitió á los que litigaban hacer uso de los instrumentos para probar su intencion en cualquiera parte del proceso hasta su conclusion, se coartó y limitó despues por otras leyes posteriores á unos términos muy precisos, concluyendo todas con la disposicion uniforme de no ser lícito presentar instrumentos despues de la conclusion para difinitiva.

11 El actor y el reo son iguales en la obligacion que les imponen las mismas leyes, de presentar con sus escritos las escrituras de que quieren valerse; y solo se diferencian en que el actor cuando pone su demanda ha de traer y presentar sus escrituras, y el reo goza de aquel término que le concede el emplazamiento para que delibere su contestacion; pero en el punto mismo en que la formalice y presente al juez, lo ha de hacer tambien de las respectivas escrituras.

12 Tambien convienen en que no haciendo lo dicho en el tiempo de la presentacion de sus escritos, no son admitidas despues en el progreso de la causa, aunque lo hagan antes de la conclusion para difinitiva.

13 Por esta regla sencilla se gobiernan las reconvenciones y excepciones: porque el que las pone, aunque goza de tiempo señalado para meditarlas y producirlas, como se reviste del carácter y representacion de actor, está en el caso de presentar al mismo tiempo sus escrituras, segun y en la forma que se prescribe y declara en el que pone su demanda, verificándose igual disposicion en el que replica á las reconvenciones y excepciones, porque

en esta parte es reo, y está comprendido en la regla general ya insinuada.

14 Pero hay una limitacion comun al actor y al reo en el tiempo y en la forma de usar de ella, y se reduce á que pasados los respectivos términos que les estan señalados en sus demandas y contestaciones, excepciones, reconvenciones y réplicas, pueden presentar escrituras, haciendo juramento que nuevamente las hubieron, y que antes no las tenian, ni sabian de ellas, ni las pudieron haber para presentarlas en el dicho tiempo [17].

15 Con esta solemnidad y juramento serán admitidas las escrituras que convengan á su derecho y justicia, concurriendo el que las presenten en el progreso de la causa y antes de la conclusion para difinitiva; pues ni el juramento ni la solemnidad indicada rompen el punto de la conclusion, ni hacen lugar á que despues de ella se admitan.

16 Esto es lo que en resúmen establecen las leyes en la regla y en la limitacion explicadas; *ley* 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*: las 1. *y* 2. *tit.* 5.; y las 1. 2. *y* 3. *tit.* 9. *del mismo libro.* (Leyes 1. y 2. tit. 3., 1. y 2. tit. 7. 4., 5. y 6. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.)

17 El Señor Covarr. *en sus Cuestiones prácticas al cap.* 20. *n.* 8. refiere lo dispuesto en estas leyes en cuanto al tiempo, fórmulas y solemnidades introducidas en ellas; y asegura no observarse en los tribunales, y estar reducida su práctica á lo dispuesto por las leyes antiguas citadas, y por el enunciado *cap.* 9. *ext. de Fide instrumentor.* ibi: *Hodie tamen receptum est, posse instrumenta quælibet ab actore, vel reo profferri in judicium, quocumque litis tempore, usque ad causæ conclusionem, quæ fuerit facta, ut statim difinitiva pronuncietur sententia, etiam nullo præstito juramento: quæ quidem praxis juri communi convenit, et legi regiæ, quæ paulo ante nominatim citata fuit, nempe legi* 6. *tit.* 11. *lib.* 3. *Ordinam., et legi* 1. *tit.* 4. *eod. lib.* 3. *Nec in hoc ulla potest contingere dubitatio, aut controversia.*

18 Pareja *de Instrum. edition. tit.* 6. *resol.* 3. *n.* 30. con el Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 7. *n.* 34., Aceved. *in leg.* 1. *tit.* 9. *lib.* 4. *n.* 5. y otros contestan con el Señor Covarrubias la práctica y estilo, que observaron constantemente los tribunales de recibir los instrumentos, que presentaban las partes en cualquier estado de la causa hasta la conclusion para difinitiva, sin haber recibido ni usado las nuevas restricciones y fórmulas establecidas por las leyes posteriores que se citan, señaladamente las 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*: la 1. *tit.* 5.; y las 1. *y* 2. *tit.* 9. *del prop. lib.* (Leyes 1. y 2. tit. 3. 1. tit. 7. y 4. y 5. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.)

19 Ya se consideren los referidos autores como testigos, pues siempre lo serán de la mayor excepcion por su grande autoridad y carácter, ó bien se miren como peritos en el arte de que tratan, asegurando unos hechos que presenciaron y observaron dentro de los tribunales, alegándolos al mismo tiempo por notorios, no será lícito dudar de su verdad: Pareja *de Instrum. edit. tit.* 2. *resol.* 2. *n.* 53.: Salg. *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 3. *n.* 179.: Ceball. *Com. contra com. lib.* 1. *quæst.* 1. siguiendo á Bartulo *in leg.* 31. *ff. de Legib.*

20 Con la misma seguridad atribuyen al enunciado estilo y práctica los efectos de haber impedido ó derogado los que debieron producir las citadas leyes en la precisa observancia y cumplimiento de todo lo que nuevamente dispusieron, señalando el tiempo en que debian presentarse los instrumentos, y que pasado no se admitiesen, salvo con las solemnidades del juramento que previenen, haciéndolo necesariamente en el progreso de la causa hasta la conclusion para difinitiva.

21 Esta opinion, en cuanto al superior efecto que da el estilo y práctica de impedir ó derogar las leyes, tiene grande repugnancia, y puede traer perjudicialísimas consecuencias si se admite con la generalidad, que la proponen sus autores, sin examinar los principios y causas que pudieron tener los tribunales y Magistrados para retener tenazmente la práctica antigua, y resistir la que se estableció de

nuevo por las posteriores leyes citadas.

22 Porque estableciéndose todas sobre el mas sério exámen de los ministros del Consejo, y sobre un dictámen, cuya uniformidad debe ser á lo ménos de dos de las tres partes, como se dispone en la *ley 8. tit. 1. lib. 2. de la Recop.* (Ley 8. tit. 7. lib. 3. de la Nov. Recop.) no parece que pueda haber práctica que prevalezca contra ellas.

23 Á la verdad que su objeto es siempre el beneficio público que está calificado con la autoridad de tan superior tribunal, y mucho mas con la del Soberano de quien recibe el ser, siendo su publicacion el término en que empieza la obligacion de todos los súbditos á guardar y cumplir religiosamente las leyes, sin que la voluntad de estos tenga el menor influjo en su aceptacion, porque no pende de ella, ni de que la usen.

24 Esto es lo que dispone literalmente la *ley 3. tit. 1. lib. 2. de la Recop.* (Ley 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) mandando que se determinen los pleitos y causas, así civiles como criminales, de cualquier calidad ó cantidad que sean, por los ordenamientos, leyes, pragmáticas ó fueros, aunque no sean usadas, ni guardadas; y en la *ley 9. del propio título y libro* (Leyes 10. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) se estrecha mas la observancia y cumplimiento de las enunciadas leyes y pragmáticas, salvo que estuviesen derogadas por otras. En esta misma ley que hizo publicar el señor Don Felipe III. el año de 1610, se hace cargo de que su observancia ha sido y es muy importante y necesaria, y que no la ha habido como conviene, procediendo esto, así del poco cuidado, que de su ejecucion y de las penas impuestas por ellas han tenido las justicias, como de haberse usado de diversos medios é invenciones para defraudar lo por ellas proveido; y motivando el desagrado que en ello habia recibido, y los grandes daños é inconvenientes que habian resultado, estimó por el mas breve y eficaz remedio que se restableciese la puntual observancia y cumplimiento de dichas leyes.

25 Á consulta del Consejo pleno, de 4 de Diciembre de 1713, se formó el *auto acordado 1. tit. 1. lib. 2.* (Nota 2. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) en el que se renueva la memoria de las leyes y ordenamientos que habian establecido el señor rey Don Alonso el XI, Era 1386, los señores reyes católicos en el año de 1499, Don Fernando y Doña Juana en el de 1505, Don Felipe II en el de 1567, y Don Felipe III en el de 1610. En todas estas leyes se dispone que así para actuar como para determinar los pleitos y causas que se ofrecieren, se guarden integramente las leyes de la *Recopilacion* de estos reinos, los ordenamientos y pragmáticas, leyes de las *Partidas*, y los otros fueros en lo que estuvieren en uso, no obstante que de ellas se diga que no son usadas ni guardadas; y considerando el gran daño que resulta de su inobservancia al servicio de Dios, del rey y de la causa pública, encargó el Consejo mucho á las chancillerias y audiencias, y á los demas tribunales de estos reinos, el cuidado y atencion de observar las leyes patrias con la mayor exactitud; pues de lo contrario procederia el Consejo irremisiblemente contra los inobedientes.

26 En el *auto acordado 2. del prop. tit. y lib.* (Ley 11 tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) mandó el señor Don Felipe V, con fecha de 12 de Junio de 1714, lo siguiente: «Todas las leyes »del Reino, que expresamente no se »hallan derogadas por otras posterio»res, se deven observar literalmente, »sin que pueda admitirse la escusa de »decir que no estan en uso; pues así »lo ordenáron los señores Reyes Ca»thólicos, y sus sucesores en repetidas »leyes, y Yo lo tengo mandado en di»ferentes ocasiones; y aun cuando es»tuviesen derogadas, es visto averlas »renovado por el Decreto, que confor»me á ellas expedí, aunque no las ex»presase: sobre lo cual estará adver»vertido el Consejo, celando siempre la »importancia de este asunto.»

27 Estos mismos sentimientos acerca de la obligacion, que tienen los súbditos á cumplir las leyes que se publican por los reyes, explicaron

con las mas graves autoridades D. Thom. *Prim. secund. quæst.* 90. *art.* 3. *et* 4.: S. August. de *Ver. Relig.*; *et* Aristot. *Ethicor. lib.* 10. *cap.* 9.

28 Las leyes no deben ser desatadas por ninguna manera, salvo que llegasen á ser contrarias al bien público; y entonces el conocimiento del daño, y la autoridad de enmendarlo derogando en todo ó en parte la ley, es privativo del autor de ella. Esto es lo que disponen las *leyes* 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1., estando igualmente prohibida á todos su interpretacion ó declaracion: *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.)

29 Si fuera lícito á los súbditos no admitir la ley, ó no observarla despues, no estarian muy distantes de caer en el detestable vicio de abrir un camino arbitrario para resistir impunemente el cumplimiento de las leyes á pretesto de considerarlas perjudiciales al Estado, viniendo el pueblo á concebir en sí una idea de aquella potestad Real, que en otro tiempo se le quiso atribuir sin contenerse en la natural y divina sujecion, que deben á los príncipes para obedecer y cumplir religiosamente sus ordenaciones [18].

30 Menos deberá permitirse la inobservancia y contravencion de las leyes á los jueces y tribunales, que estan puestos por los mismos reyes para cumplirlas por sí, y hacerlas guardar á todos los súbditos, usando si es necesario del apremio y de la pena.

31 Si los mismos tribunales hallasen por la experiencia y por el uso que no corresponden las leyes al beneficio público que prometian en su establecimiento, y que producen en su observancia contrarios efectos, deben representarlos al rey para que los haga examinar con aquella detenida meditacion que pide la importancia del asunto [19]. Este es un camino obsequioso y grato á los soberanos, el mismo que señalan las leyes y los cánones, y el mas conforme á sus justas intenciones de enmendar el daño, que por cualquiera causa pueda resultar á sus súbditos. Por tanto lo encargan muy estrechamente, así con respecto á las leyes como á las cartas y provisiones particulares que son dadas en perjuicio de tercero, ó con daño del público: *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. las 1. 2. *y* 3. *tit.* 14. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 3. tit. 2. lib. 3. y 2, 4. y 5. tit. 4. lib. 3. de la Nov. Recop.) las 30. *y* 31. *tit.* 18. *Part.* 3.: el *cap.* 5. *ext. de Rescrip.* y el 6. *ext. de Præbend.*

32 Se haria increible, si no lo aseverasen unos autores de tan alto carácter y notoria integridad, que los jueces y tribunales del reino obrasen en la ordenacion de las causas contra la forma que estaba dada en las leyes, sabiendo que ni el estilo ni el uso de los tribunales puede derogarlas, y que á lo mas que puede estenderse su efecto es á declararlas ó interpretarlas cuando son dudosas.

33 Esta es la doctrina sólida que procede de la *ley* 1. *tit.* 2. *Part.* 1. *y siguiente*: Salgad. *de Retention. part.* 2. *cap.* 7. *n.* 34. con otros muchos que refiere, viniendo á ser recibida por comun opinion, fundada en que el estilo y uso de los tribunales solamente recibirá la fuerza de ley para alterar y derogar las que se hallan publicadas, llegando á noticia del rey, y prestando su consentimiento, como lo manifiesta la citada *ley* 1. *tit.* 2. *Part.* 1.; y es inverosímil y aun repugnante que cuando los reyes habian trabajado tanto en hacer valer, guardar y cumplir sus leyes, aunque se dijese que no se habian usado ni guardado, cayesen en la débil condescendencia de tolerar á los jueces y tribunales su manifiesta contravencion, disimulándoles al mismo tiempo el desprecio que habian hecho de ellas.

34 Esta práctica indicada por los referidos autores se hace mas intolerable, no solo por el mal ejemplo que trae á los demas jueces y tribunales para desatender las leyes, sino tambien porque en aquella práctica y estilo no se descubre razon alguna de utilidad pública ni de equidad y justicia, que la haga preferir á lo dispuesto por las citadas leyes en el tiempo, forma y solemnidades con que deben presentarse los documentos: porque si

el actor los ha buscado como debe para venir preparado al juicio, supuesto que ha podido tomarse el tiempo necesario, y los tuviese en su poder cuando presenta su demanda, no le perjudica que los produzca con ella, antes bien es conforme á la sinceridad y buena fe que piden los juicios que manifieste al demandado los títulos y escrituras que justifican su derecho en lo que pretende.

35 Es asimismo dicha práctica de grande utilidad al demandado: porque en vista y con presencia de las escrituras, en que funda su intencion el actor, podrá deliberar su condescencia y allanamiento sin entrar en contradicciones y pleitos; y esto trae grandes ventajas, no solo á los que han de litigar sino principalmente á la causa pública, que tanto se interesa en impedirlos, ó en abreviarlos, cuando no se puede lograr lo primero.

36 Si el actor no tuviese escrituras al tiempo en que pone su demanda, ni noticia de ellas, y adquiriese posteriormente en el progreso de la causa algunas con que pueda probar su intencion, tampoco halla embarazo que perjudique á su justicia, pues está en su arbitrio removerlo con solo el juramento de haber llegado nuevamente á su noticia con las demas fórmulas que indican las citadas leyes; y suponiendo ser cierto el hecho que refiere, nada aventura en probarlo con su juramento; y si reservó maliciosamente las enunciadas escrituras, y no quiso usar de ellas cuando puso su demanda para no descubrir al demandado los títulos que aseguraban su justicia, obra entonces contra la sinceridad y buena fe de las leyes, y no le debe aprovechar su fraude.

37 En el reo procede con igualdad esta doctrina; pues si en el término señalado en su emplazamiento, y en el que cuando acaba éste le conceden las leyes para contestar la demanda y poner excepciones, no hubiese hallado ni recogido las escrituras que puedan conducir á probar su intencion para presentarlas con su escrito, tiene el mismo auxilio de la ley para hacerlo en todo el progreso de la causa bajo del juramento, fórmula y solemnidades que son comunes al actor, verificándose una entera uniformidad en la presentacion de escrituras y en el poder afianzar en ellas su justicia.

38 Las leyes antiguas que permitian á las partes presentar las escrituras hasta la conclusion de la causa, convienen con las posteriores en este punto, y la diferencia consiste únicamente en que por aquellas las podian presentar simplemente sin necesidad de juramento de que hubiese llegado nuevamente á su noticia; y esta mayor libertad que suponen los autores citados haberse retenido y continuado en los tribunales con desprecio de las leyes posteriores, da motivo á los que litigan para reservar sus respectivas escrituras, y sorprender con ellas á las partes casi al fin de la causa, obligando á sufrir mayores dilaciones, si las han de reconocer con la atencion que coresponde para redargüirlas de falsas, comprobarlas y dar lugar á que por las otras partes se presenten otras separadamente, en que sean necesarias iguales dilaciones, retardándose la conclusion de la causa.

39 Si se cotejan con madura reflexion las antiguas leyes con las posteriores, se demuestran las ventajas que producen estas en favor de los que litigan y de la causa pública; y sin duda que por no haber alguna en lo dispuesto por aquellas leyes, ni en la observancia que se les atribuye en los tribunales, no las señalan los que estan por esta práctica.

40 Unos autores refieren sencillamente la práctica y estilo de los tribunales, y otros alegan por razon única el estar fundada en mayor equidad para que la verdad y la justicia no perezcan, no admitiendo las escrituras por no haberlas presentado en tiempo y con el juramento y solemnidades prevenidas en las leyes posteriores; pero esta razon es muy débil, y está excluida á primera reflexion: porque no se trata de no admitir los instrumentos que presentan las partes antes de la conclusion para difinitiva, y sí solo de no recibir aquellos que tenian

en su poder, y pudieron presentar con sus respectivos escritos de la demanda, contestacion y excepciones, y los reservaron por cautela y dolo para no manifestar á la parte contraria las pruebas y fundamentos de su intencion, haciendo uso separadamente de las escrituras en el progreso de la causa para darla mayor duracion en perjuicio de las partes y del público.

41 Tampoco se trata de no admitir las escrituras que pasado el tiempo de la presentacion de las demandas y excepciones, reconvenciones y repulsas, llegaron á noticia de las partes; antes bien disponen las leyes antiguas y modernas que deben admitirse con la sola diferencia de que por las últimas lo han de hacer con el juramento indicado; concluyéndose por esta demostracion que la verdad y la justicia quedan siempre afianzadas en los instrumentos que presentan las partes hasta la conclusion, y solo ocurren las últimas leyes á la malicia y al dolo de los que no quisieron presentarlas, teniéndolas en su poder, ó pudiendo tenerlas al tiempo de poner sus demandas ó excepciones.

42 Ninguna de las leyes antiguas ni modernas dispone ni manda que se admitan las escrituras, que se presentaren despues de la conclusion hasta la sentencia difinitiva; ni se prohibe tampoco su presentacion ó admision; pero de unas y de otras se infiere por una consecuencia casi necesaria que no se deben admitir los instrumentos que presentaren desde la conclusion hasta la sentencia difinitiva: porque habiéndose puesto aquella por punto y término final hasta donde era lícito usar de escrituras, ya lo hiciesen libremente segun lo disponen las leyes antiguas y el estilo de los tribunales que se ha indicado, ó ya con las restricciones del juramento y fórmulas que señalan las posteriores que tambien se han citado, queda en aquel punto extinguida la facultad de producir nuevas escrituras, no solo por efecto del argumento contrario que se deduce, sino principalmente por lo esencial de la positiva disposicion que contienen las citadas leyes.

43 Esta proposicion está demostrada en el capítulo octavo de estas *Instituciones*, tratando de los términos señalados por las leyes para hacer la probanza en primera instancia, y con otros muchos ejemplares de que se hace mérito en el propio capítulo acerca del influjo y efectos que esencialmente producen los términos, para que pasados se entienda prohibido lo que dentro de ellos se podia hacer. Esta regla tiene una limitacion principal recibida en los tribunales, y fundada en la autoridad de graves autores antiguos y modernos, señaladamente del señor Covar. *en el citado cap.* 20 *de sus Prácticas n.* 8., de Pareja, *en el tit.* 6. *resol.* 3. *n.* 30., *limitacion* 1., y de Paz, *tom.* 1. *part.* 1. *tempore* 7. *n.* 34. con otros muchos que refieren.

44 Redúcese esta limitacion á los instrumentos que despues de la conclusion hubiesen llegado á noticia de las partes, probando esta verdad con su juramento, con tal que la escritura que se presente conduzca principalmente á descubrir la verdad y la justica de la parte que usase de ella.

45 Si con la sentencia que se hubiese de dar se acaban las instancias, y no hay otra posterior en que hacer uso de tales instrumentos, obliga mas la equidad á que se reciban para no ver perecer sin remedio la justicia de la parte que los presenta. Con sola esta consideracion ha estimado el Consejo que se deben admitir los instrumentos que se presentan en los grados de segunda suplicacion sin embargo de que la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Rec.* (Ley 7. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Rec.) dispone: Que estas causas se vean y determinen «de los mismos autos del »proceso, sin rescibir escritos, ni pe»ticion, y sin dar lugar á otras nuevas »alegaciones, ni probanzas, ni escritu»ras, ni dilaciones, ni pedimentos, por »via de restitucion, ni en otra manera »alguna.»

46 De la inteligencia y exposicion de esta ley, y de los fundamentos que persuaden deber admitirse los instrumentos que se presentan en este extraordinario recurso, manifestándose en ellos la justicia de la parte que los

presenta, trató con solidez y extension Maldon. *de Secund. supplicat. tit.* 6. *quæst.* 5., cuya doctrina conduce mucho al último artículo de que se va tratando.

47 He observado que los referidos autores dedicaron todo su cuidado á persuadir el caso y circunstancias con que deben admitirse las escrituras despues de la conclusion hasta la sentencia difinitiva; pero no explican el conocimiento y diligencias que deben preceder á la admision de los instrumentos, ni la direccion de la causa hasta volverla á poner en estado de sentencia, que es en lo que se ofrecen los puntos mas árduos en la práctica, de que es necesario hallarse instruido.

48 Supuesta la presentacion de escrituras despues de la conclusion toma el juez un conocimiento pasagero de lo que contienen, y si concibe que no conducen, ni prueban la principal intencion de la parte, ó á lo menos duda de ello, provee el auto siguiente: «Pónganse con los autos para los efectos que haya lugar, sin perjuicio de su estado.»

49 En esta providencia se contiene una reserva para declarar en la sentencia difinitiva si ha lugar ó no á admitir dichas escrituras: porque siendo este un artículo ó incidente conexo con el mérito de la causa principal, que pide mayor exámen, y que no es de los judiciales que miran al órden del juicio; y teniendo por otra parte contra sí la ley que prohibe admitir escrituras despues de la conclusion, entra por todos respectos la regla de que puede el juez reservar la decision para difinitiva, sin que en ella cause á las partes agravio que induzca nulidad ni injusticia, que dé motivo para apelar de la enunciada reserva, que es sentencia interlocutoria. Con esta distincion procede la doctrina de Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 18., de Carl. *de Jud. tit.* 2. *disput.* 5. *n.* 13., y de Mol. *de Prim. lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 42. con otros muchos.

50 El instrumento que se presente despues de la conclusion ha de tener la precisa calidad de probar la intencion del que lo produce de un modo claro y convincente; pues entonces tiene lugar la equidad, que obliga á relajar la regla establecida de excluir toda prueba despues de la conclusion, aunque sea de instrumentos, para que no perezca aquella justicia que se toca como de bulto en la misma escritura; y como esta demostracion ha de resultar del reconocimiento del proceso y combinacion de las pretensiones, no es fácil decidir esta calidad sin mas alto exámen y conocimiento de la causa en lo principal.

51 Si por el conocimiento que tomase el juez con respecto al estado en que se halla la causa para dar sentencia difinitiva, ó suspenderla admitiendo las escrituras, hallase que estas no influyen en el mérito de la justicia, y que presentadas antes de la conclusion en tiempo oportuno no inclinarian el ánimo del juez á que la concibiese y declarase á favor del que las propone y presenta, entonces podrá estimar y declarar que no deben admitirse, y proceder en el mismo auto á sentencia difinitiva en lo principal de la causa.

52 Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo de escrituras frívolas con el fin de dilatar la sentencia, si con solo presentarlas con el juramento indicado se hubiesen de admitir y comunicar á las partes contrarias, como seria preciso abriendo el juicio con alegaciones, excepciones de falsedad, comprobaciones, y otras diligencias que dilatarian por mucho tiempo el fin de aquella causa.

53 Pero si al tiempo de oir y reconocer lo principal del proceso y cotejarlo con las escrituras presentadas, concibiese el juez que si son verdaderas y legítimas podrá formar nuevo juicio acerca de la justicia de la parte que las presenta, provee un auto admitiéndolas, y mandando dar traslado de ellas á las otras partes que litigan, suspendiendo la sentencia difinitiva.

54 El referido auto por el cual admite las escrituras, precedida la instruccion y exámen conveniente para asegurar el dictámen del juez sobre la utilidad é importancia de ellas, revoca

y repone el de la conclusion que antes habia dado por la incompatibilidad que tienen entre sí; pues el de conclusion impide toda alegacion y defensa, aunque sea por escrituras, y el posterior en que las admite remueve aquel impedimento, y deja en libertad á las partes para que redarguyan de falsas las citadas escrituras, ó presenten otras que destruyan ó debiliten su contenido, y hagan en fin las defensas que estimen convenientes.

55 Esta proposicion es bien notoria, y la comprueban con uniformidad los autores en las dos partes que contiene: la una que el auto de conclusion, por el que se cerraron todas las razones á las partes, es interlocutorio, y que puede de consiguiente revocarse por el mismo juez de la causa: la otra que el auto posterior en que se admiten las nuevas escrituras, y se comunican á las otras partes, abre el juicio, y es incompatible estar cerrado y abierto; y en estos términos se explican los autores: Parej. *de Inst. edit. tit.* 6. *resol.* 3. *limit.* 2.: Menoch. *de Præsump. præsum.* 63. *n.* 4. *et de Arbit. lib.* 1. *q.* 35.: Giurb. *decis* 83. *n.* 2. y Fontanel. *decis.* 104. *n.* 1. *al* 4., en donde refiere la práctica observada en lo antiguo de concluirse segunda vez, cuando se habia abierto la primera conclusion para recibir nuevas probanzas al menor por efecto de su restitucion; y aunque añade desde el *num.* 5. que en su tiempo se procedia, sin repetir la conclusion, á sentenciar la causa, funda este nuevo estilo en que la restitucion se concedia al menor sin perjuicio del estado que tenia la causa por consecuencia de una particular constitucion que cita; y la enunciada cláusula preservativa de que se entendiese la prueba del menor sin perjuicio del estado mantenia el efecto de la anterior conclusion sin necesidad de repetirla.

56 Si el juez por el contesto de la escritura concibiese al tiempo de su presentacion que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legítima y valedera, puede y debe admitirla inmediatamente, comunicándola á las otras partes para que usen de su derecho y defensa en los términos, y por los medios indicados en el caso antecedente.

## CAPÍTULO XII.

### *De la sentencia difinitiva y sus efectos.*

1 En dos cosas estan enteramente de acuerdo las partes que litigan en cuanto á la conclusion que fué el asunto del capítulo antecedente; es á saber, en que nada tienen que añadir á lo que han alegado y probado en órden á lo que conduce á su defensa, y en excitar el oficio del juez pidiendo que acabe la instancia con su sentencia, quien está en obligacion de hacerlo con aquella brevedad que tanto recomiendan todos los derechos sin tocar en la precipitacion que resisten.

2 Para guardar esta justa y equitativa proporcion pone su primera atencion en descubrir la verdad de los hechos, obra verdaderamente dificil: porque debiendo buscarse por el estrecho camino de la razon, se halla éste mas veces intrincado y lleno de los embarazos que con estudiadas apariencias han preparado las partes ó sus defensores.

3 La verdad que deben buscar los jueces está reducida al *jus cujusque suum*; pues siendo el objeto y fin de la justicia que la obtenga la parte á quien corresponde, viene á ser esto lo primero en la intencion del juez, y lo último en la ejecucion, sucediendo en aquella lo contrario, porque sirve de medio su conocimiento.

4 Por estos principios se entenderá fácilmente por qué mandan las leyes con tan estrecho encargo á los jueces que busquen la verdad: por qué les advierten que no se detengan en las solemnidades y fórmulas del órden de los juicios: por qué les señalan que la busquen precisamente en los hechos del proceso: por qué los obligan á que los reconozcan y examinen con detenida reflexion y combinacion de sus partes; y por qué finalmente detestan las mismas leyes la precipitacion, trascendiendo su influjo hasta decir nulas las sentencias que con ella se dieren.

5 Todos los derechos convienen en las proposiciones indicadas, y esta uniformidad prueba que la razon en que se fundan es invariable y una misma en todas las personas, en todas las causas y en todos los tiempos.

6 En la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. (Ley 2. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) se dispone: «Que seyendo hallada, y probada la verdad del fecho por el proceso, en qualquier de las instancias que se viere, sobre que se pueda dar cierta sentencia, que los Jueces que conoscieren de los pleytos, y los ovieren de librar, los determinen, y juzguen segun la verdad, que hallaren probada en los tales pleytos.»

7 La *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2., (Ley 1. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop. y la 8. tit. 17. lib. 5. del mismo código) y la 8. *tit.* 13. *del propio libro* hacen igual encargo de que se determinen los pleitos solamente sabida la verdad; y la 11. *tit.* 4. *Part.* 3. previene lo mismo con palabras mas fuertes y expresivas: «Verdad (dice) es cosa que los Judgadores deven catar en los pleitos, sobre todas las otras cosas del mundo: é porende, cuando las partes contienden sobre algund pleito en juicio, deven los Judgadores ser acuciosos en puñar de saber la verdad del, por cuantas maneras pudieren:::: E cuando supieren la verdad, deven dar su juicio, en la manera que entendieren que lo han de facer segund derecho.» Lo mismo confirma y canoniza la *ley* 3. *tit.* 22. *de la misma Partida.* «E catada, é escodriñada, é sabida la verdad del fecho, deve ser dado todo juicio, mayormente aquel que dicen sentencia definitiva:» *leyes* 5. *y* 7. *del propio tit. y Part.*: *canon* 11. *caus.* 3. *quaest.* 5.: *cap.* 6. *ext. de Judiciis*: *ley* 14. *Cod. dict. tit.*: la 6. *ff. de Transactionib.* ibi: *De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti*: *ley* 15. *Cod. eodem*, ibi: *Ut responsum congruens accipere possis, insere parti exemplum.* En la *ley* 52. §. 2. *ff. ad leg. Aquiliam*, respondiendo el jurisconsulto Alfeno dijo: *In causa, jus esse positum*; y la *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) tratando de los pleitos y de lo que se debe poner útilmente en ellos, dice: «Do tan solamente se puede poner simplemente el hecho, de que nace el derecho:::: mas cada una (habla de las partes que litigan) ponga el hecho en encerradas razones.»

8 En fuerza de estos principios se perciben claramente todas las razones en que se han fundado para encaminar á los jueces á que busquen la verdad de los hechos, y á que lo hagan con suma diligencia y trabajo escudriñando todas sus partes, y conociendo la fuerza de los hechos y de las palabras; y los jueces que no proceden con este reflexivo exámen, presume el derecho que mas usan de su voluntad y capricho que de su razon y entendimiento, y consideran nula la sentencia que dieren con tal precipitacion.

9 La duda consistirá en poder asegurarse de si se dió con efecto la sentencia con aquel prévio y circunspecto exámen que mandan las leyes, ó con la precipitacion que resisten; y para resolver esta duda no hay ley que señale el tiempo y las circunstancias que lo manifiesten, y es preciso reservarlas al prudente conocimiento de los jueces superiores, atendido lo voluminoso del proceso, la entidad y gravedad de la cosa que se litiga, y las dificultades que se ofrecen en su decision: de manera que se venga á conocer casi con evidencia que el juez, por diligente y esperto que sea, no pudo tomar aquel exacto conocimiento de los hechos, que segun las leyes debe preceder á su juicio y sentencia.

10 Aunque el *cap.* 2. *ext. de Sentent. et re judicat.* dice: *Jurgantium controversias celeri sententia terminare, et aequitati convenit, et rigori*; esta disposicion se dirige á excluir la morosidad del juez y la duracion de las causas, obligándole á que las determine y acabe con su sentencia luego que haya tomado el preciso y debido conocimiento de la verdad de los hechos, y se halle por consecuencia

instruido del derecho que compete á las partes para declararlo, y hacerlo observar en cumplimiento de su sentencia. Esta es la natural inteligencia que conforme á las palabras del testo, y conciliándolas con las que detestan la precipitacion del juicio, se debe dar al citado *cap.* 2., y la misma que dió Gonzal. *en su Coment. al mismo cap.* despreciando otras menos fundadas.

11 *La ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop. y regla 6. del art. 42. del reglamento provisional) señala el término de veinte dias desde la conclusion del pleito para que el juez dé y pronuncie la sentencia difinitiva; pero no determina si pronunciándola antes se ha de tener por precipitada, ni si induce nulidad de la misma sentencia, aunque la dé pasados los veinte dias; y así queda siempre pendiente del arbitrio del juez superior considerar la precipitacion de la sentencia, conciliando el tiempo en que se dió, la entidad y gravedad de la causa, y las demas calidades que se han indicado por regla de este artículo.

12 Estas dos partes que son del cargo del juez, reducidas á instruirse bien de la verdad por los hechos del proceso, examinando por sí mismo, como lo dispone en los jueces de primera instancia la *ley* 6. *tit.* 8. *lib.* 4., se comprenden juntamente en la citacion relativa á la sentencia en el auto interlocutorio, que provee el juez sobre la conclusion de las partes en los términos siguientes: «Por concluso y autos, citadas las partes.»

13 En la primera parte de este auto se manifiesta que el juez queda enterado de que las partes no tienen, ni quieren decir mas en su defensa que lo espuesto y probado, y que en esta inteligencia cumplirá las obligaciones que son de su cargo. En la segunda parte pide los autos, y manda que el escribano se los pase para verlos por sí mismo, informándose de la verdad de los hechos para dar su juicio y sentencia en la causa; y en la última parte incluye la citacion que es necesaria para que tenga efecto la sentencia.

14 Esta es la parte mas recomendable de los juicios porque los acaba, y redime á los que litigan de los grandes males que padecen en su seguimiento. A este intento se esplicó oportunamente la *ley* 2. *tit.* 22. *Part.* 3. con estas palabras: «Grande es el »pro que del juicio nace, que es dado »derechamente. Ca por él se acaban las »contiendas que los omes han entre sí »delante de los Juzgadores, é alcanza »cada uno su derecho.» Lo mismo dispone la *ley* 19. en su principio *del propio tit. y Part.*

15 No solo acaba el juicio la sentencia difinitiva para las partes que han litigado, sino tambien para el juez que la dió, porque no la puede mudar en todo ni en parte substancial, como se dispone literalmente en la *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. *ibi*: «Porque »tal juicio como este, pues que una »vez lo oviere bien, ó mal juzgado, »non lo puede toller, nin mudar »aquel juez que lo juzgó:» *ley* 4. *y* 22. *del prop. tit. y Part.* y conforma con estas leyes la 54. *ff. de Re judic.*, y la siguen con uniformidad todos los autores.

16 En las antecedentes leyes, señaladamente en la 3. *tit.* 22. *Part.* 3., se contiene aquel principio de que la sentencia debe ser conforme al libelo. Mas espresamente y en repetidos ejemplos lo dispone la *ley* 16. *del mism tit. y Part.*; por cuyo contexto se percibe que la conformidad de la sentencia ha de corresponder á las acciones, á las cosas, y á las personas que forman el juicio; y en cualquiera parte de las tres que falte la conformidad, llevará el vicio de nulo, y no producirá efecto alguno, ni merecerá el nombre de sentencia.

17 Esta verdad bien conocida por las leyes y por la uniforme opinion de los autores se presentará mas demostrada en los ejemplos y casos respectivos á cada una de las tres partes indicadas.

18 En cuanto á las acciones se procede con dos supuestos: uno que el dominio de las cosas solo puede adquirirse por una causa ó título, y aunque las demas concurran, no ha-

han objeto en que ejercitar su influjo, porque está perfectamente acabado por el de la primera causa; que es decir que lo que es propio no puede ser mas propio, como lo insinúa por su principio legal el §. 10. *Institut. de Legat*, y lo amplian con otras leyes y autoridades el Vinnio *en su Comentar.* Olea *tit.* 6. *quæst.* 7. *n.* 8. 9. *y* 20.: Salgad. *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 2. *sec.* 4. *n.* 166. con otros muchos que refieren.

19 Pueden sin embargo unirse muchas causas ó títulos de donde nazcan diversas acciones para conservar y fortificar lo adquirido, y poder usar de alguna de ellas cuando otra se infrigiese ó caducase. Este, que es el segundo supuesto, se confirma por los mismos autores próximamente citados; y se funda en la disposicion literal de la *ley* 25. *tit.* 2. *Part.* 3., la cuál advierte al demandador que cuando demande la cosa por suya, exprese la causa ó razon porque hubo el señorío de ella, «así como por compra, ó por »donadío, ó por otra manera cualquier, »que aquella ponga en su demanda.» Esta observacion la hace por dos fines; y el segundo, que expresa la ley, «es »porque si acaesciese, que el deman»dador non prueve aquella razon, que »puso en la demanda, porque decia »que era suya, que la puede despues »demandar por otra razon, si la ovie»re é non le embargará el primero jui»cio, que fué dado contra él sobre »aquella cosa misma, pues que por »otra razon la demanda, que non ha »que ver con la primera.»

20 Esta ley prueba el supuesto indicado, esto es, que pueden unirse muchas causas para usar de ellas separadamente en mas segura conservacion de sus derechos; y prueba tambien mas abiertamente que la sentencia guardó toda conformidad con la accion que se puso en la demanda, sin que extendiese sus efectos á las que no se habian producido en el juicio, pudiendo la parte usar de ellas en otro separado, acabado el primero.

21 El mismo concepto explicó la *ley* 11. §. 2. *ff. de Exception. rei judicat.* con estas palabras: *Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adjecta, non debet summoveri exceptione.*

22 El heredero puede usar de dos acciones para recobrar las cosas que poseia el difunto al tiempo de su muerte, y pasaron despues á poder de otro: una nace del título *pro hærede*, y se completa probando la posesion del difunto al tiempo de su muerte; y aunque el demandado se defienda con su posesion, vencerá el actor, y le será restituida la cosa. Esta proposicion se funda principalmente en que, compitiéndose las dos posesiones, una del difunto, que es anterior á la que despues de su muerte adquirió el demandado, favorece el derecho á la antigua por una razon sólida, que consiste en que la posesion en tanto es atendible en cuanto por ella se presume el dominio á favor del mismo poseedor, y queda al cargo del último probar el hecho de habérsele trasladado el dominio desde el antiguo, cuya mutacion, que es de mero hecho, no se presume.

23 Por esta regla se conoce la grande utilidad que logra el heredero en usar de este título para recobrar las cosas de la herencia que se detentan, ó poseen por otros: porque siéndole mas fácil probar la posesion del difunto, y por un influjo de presuncion legal el dominio, vencerá al nuevo poseedor que se defiende con solo el título de su posesion, y podrá defenderse despues de cualquiera que intente vindicar la cosa con el hecho de que el actor no probase su dominio, que son las dos ventajas que advirtió oportunamente á todo demandador la *ley* 27. *tit.* 2. *Part.* 3.

24 Dedúcese tambien de los mismos principios insinuados que si en el uso de la accion *pro hærede*, reducida al juicio posesorio, fuese repelida no con el influjo de la última posesion sino corroborándola con un título capaz de trasladar en aquel nuevo poseedor el dominio, será entonces absuelto, y cederá el heredero en la accion intentada.

25 Con esta distincion procedió en esta materia Gomez á la *ley* 45. *de To-*



*ro desde el n.* 156., explicando largamente sus casos y circunstancias; y la apoyó en cuanto á la preferencia de la antigua posesion *Posthio de Manuten. observ.* 71., y en la *decis.* 147. *n.* 1., y en la 218. *n.* 3. con Menochi. *de Præsumptionib. lib.* 6. *præsumpt.* 62. 63. *y* 64., en donde asegura y funda que la antigua posesion se presume continuada, y lo mismo el dominio hasta el tiempo presente, y ha de probar el nuevo poseedor la mutacion ó traslacion si quiere obtenerla en juicio; pues como es efecto de la voluntad del primer poseedor, no se presume el hecho de su variacion.

26 Esto es lo que dispone literalmente la *ley* 10. *tit.* 14. *Part.* 3. acerca del dominio y de la posesion, y da la razon: «Porque sospecharon los sabios antiguos, que todo ome que en alguna sazon fué señor de la cosa, que lo es aun, fasta que sea provado lo contrario::::: Mas si aquel que provó, que fué tenedor en algund tiempo de la cosa sobre que es la contienda, dice aun, é otorga, que oy en dia es tenedor de ella, sin falla devemos sospechar que lo sea, fasta que el otro quel refierta la tenencia, prueve el contrario.»

27 Al mismo intento conduce la *ley* 3. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop.*, (Ley 5. tit. 21. lib. 7. de la Nov. Recop.) por la cual se dió nueva instruccion y forma para hacer efectiva la restitucion de los términos públicos y comunes de las ciudades, villas y lugares que estaban ocupados por otras comunidades, caballeros y oficiales, advirtiendo oportunamente que probándose que los enunciados términos públicos y comunes estan en la demarcacion de la ciudad, villa ó lugar que pide la restitucion, no puede el que los ocupa defenderse con sola su posesion; y es la razon, porque fundando la ciudad su intencion en la que adquirió mas antigua de todos los términos comprendidos en los confines que la fueron señalados, se presume su continuacion, y se estima violenta y turbativa la ocupacion posterior.

28 Pero si además de la enunciada posesion alegase y mostrase el demandado algun título procedente de la misma ciudad capaz de trasladar la posesion y el dominio de los términos que se quieren recobrar, vencerá en este juicio el demandado, y quedará á salvo, así en este caso como en los demas correspondientes á los juicios posesorios, el derecho y accion para pedir la propiedad, como se dispone en la citada *ley* 3. *tit.* 7., y en la 27. *tit.* 2. *Part.* 3.

29 Queda demostrado por las disposiciones referidas que la sentencia solamente acaba la accion que se dedujo en juicio. En cuanto á las cosas aun debe ser mas prolija y ajustada la conformidad de la sentencia, no solo con lo que demanda sino tambien en la forma y manera con que se pide. Esto es lo que literalmente dispone la *ley* 16. *tit.* 22. *Part.* 3. «Afincadamente debe catar el Judgador, que cosa es aquella sobre que contienden las partes antel en juicio; é otrosí en que manera facen la demanda.»

30 Estas dos partes se explican con mayor claridad en la misma ley con sus respectivos ejemplos: «Ca si fuese fecha la demanda antel sobre un campo, ó sobre una viña, é el quisiere dar juicio sobre casas, ó bestias, ó sobre otra cosa que non pertenecsiese á la demanda, non deve valer tal juicio.» Lo mismo dispone si reduciéndose la demanda sobre el señorío de la cosa, se diese la sentencia sobre la posesion, y estos son los dos ejemplos que corresponden á la diversidad de las cosas demandadas.

31 De la identidad en el modo y manera de la demanda se trata en los otros dos ejemplos, que se reducen: el primero á lo que se pide generalmente, como un siervo ó caballo que se habian prometido ó mandado al actor, sin que este lo nombrase y señalase en su demanda, y el juez lo señalase y nombrase en su sentencia, la cual dice la ley, que no sería valedera, y da la razon, «porque bien así como fué fecha antel la demanda en general, en aquella misma manera deve él dar el juicio.»

32 El segundo caso y ejemplo con-

siste en la accion noxal, que se propone en juicio con el fin de que sea satisfecho el daño ó entregada la bestia ó el siervo que lo hizo; y determinando el juez en su sentencia la parte ó estremo que ha de cumplir el demandado, falta la conformidad de la sentencia con el modo ó alternativa de la demanda; y es por consecuencia nula por el exceso que contiene, y por el agravio que causa al demandado quitándole la opcion que le dan las leyes.

33 El propio concepto tendrá la sentencia en las rescisiones de las compras y ventas que se intentan por la lesion enormísima; pues dirigiéndose estas acciones en la forma alternativa para que se supla el precio, ó se restituya la cosa vendida, si el juez no guarda en su sentencia la misma forma, procediendo á mandar determinadamente alguna de las dos partes contenidas en la demanda, sentirá igual efecto de nulidad por su exceso, y faltará á la conformidad que se requiere para su validacion, como se demuestra en la *ley* 56. *tit.* 5. *Part.* 5., en la 2. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop. y en el *cap.* 3. *ext. de Emption. et vendition.*

34 La sentencia guarda conformidad con las personas que litigan cuando únicamente las comprende en su literal disposicion y en sus efectos sin extenderlos á otras; y esta es la regla establecida por todos los derechos. La *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: «Guisada cosa es, é »derecha, que el juicio que fuere dado »contra alguno, non empezca á otro;» y continúa con repetidos ejemplos en que se asegura y confirma esta disposicion; y lo mismo se supone en la *ley* 19. *del prop. tit. y Part.* y en el *cap.* 25. *ext. de Sentent. et re judicat.* se hace supuesto del mismo principio: ibi: *Quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios judicata*: *ley* 1. *ff. de Exception. rei judicat.* ibi: *Cum res inter alios judicatæ nullum aliis præjudicium faciant: ley* 1. *Cod. inter alios acta, vel judicat. aliis non nocer.* ibi: *Inter alios res gestas aliis non posse præjudicium facere sæpe constitutum est*; y la *ley* 63. *ff. de Re judicat. Sæpe constitutum est res inter alios actas aliis non præjudicare.*

35 De esta regla tomaron ocasion muchos autores para formar tratados difusos acerca de sus ampliaciones y excepciones, haciendo esta materia tan oscura que no es fácil percibirla con la claridad que se debe.

36 Los principales que trataron de ella con mejores luces fueron el señor Covarrubias *Practicar. cap.* 13.: Scacia *de Sentent. et judicat. glos.* 14. *q.* 12. Giurb. *decis.* 20.: Gonzal. *in cap.* 25. *de Sent. et re judicat.* Salgad. *de Regia. part.* 4. *cap.* 8. *al n.* 267.

37 Bien examinadas y combinadas las dudas que excitan estos autores, y sus resoluciones, me ha parecido que pueden reducirse por un método sencillo, y para su mas fácil inteligencia, á dos proposiciones que abracen las principales y mas comunes limitaciones de la regla con expresion de sus causas, exponiendo como preliminar la razon en que se funda la regla de que *res inter alios acta aliis non noceat.*

38 La razon que hay para que la cosa juzgada entre unos no deba perjudicar á otros, consiste en que la citacion y audiencia toca en la defensa natural, y lo que se determina sin este prévio requisito es nulo, y no produce efecto perjudicial á los que no fueron oidos en el pleito.

39 Cuando el principal interesado, que tiene la primera parte en la accion y derecho que se disputa, promueve, ó defiende la instancia, y es vencido en la sentencia que pasa en cosa juzgada, le obsta de lleno esta excepcion; pero igualmente trasciende á todos sus sucesores universales y particulares, y á cualquiera otro que traiga y derive su derecho de aquel principal que fué vencido; pues aunque las personas sean realmente diversas, se consideran en lo legal unas mismas, porque conviene en la causa próxima del derecho que se disputó y ejecutó con la sentencia, y queda por virtud de ella distinguido de toda accion ó excepcion el principal que litigó, que es la fuente y raiz de los

demas, á quienes no pudo transferirse lo que faltó en él.

40 En esta clase y por las razones indicadas comprendió la *ley* 19. *tit.* 22. *Part.* 3. en la fuerza del juicio afinado «á los contendores, é á sus he»rederos,» y extendió sus efectos contra todos los otros «que ficiesen de»manda por ellos, ó en su nome.»

41 El juicio que es dado á favor del hijo contra el padre, que no quiso reconocerle, no solo perjudica á éste, que es el principal que litigaba, sino tambien á todos sus parientes en razon de los bienes que pretendan heredar por el parentesco del que fué estimado y declarado por padre, como se dispone en la *ley* 20. *del prop. tit.* 22. *Part.* 3., y en la *ley* 1. §. *ultim.* y en la *ley* 2. *ff. de Agnoscend. et alend. liber.*

42 Lo mismo sucede cuando se disputa la ingenuidad ó libertad, y es vencido el señor ó el patrono, y declarado por ingénuo ó libre el que estaba reputado por libertino ó siervo; pues esta sentencia no solo perjudica á los principales que litigaron, sino á todos los demas que exciten igual derecho, queriéndolo tomar de aquellos mismos que fueron vencidos.

43 Lo mismo se halla establecido, y debe observarse en la sentencia que es dada contra el heredero fiduciario que perjudique igualmente al fideicomisario. La sentencia que se da contra el heredero instituido ofende igualmente al sustituto; y lo mismo se verifica en los poseedores de mayorazgo respecto de sus descendientes ó transversales, que por aquella línea ó inmediacion de su persona quieran derivar su derecho.

44 La misma *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. propone otro caso igual á los antecedentes, reducido á que «quando alguno desheredase sin derecho, é sin ra»zon, á sus fijos, ó á sus nietos, en »su testamento, é dexase sus bienes á »otros herederos; si juicio fuere dado »sobre esta razon contra aquellos que »amparaban el testamento, non tan »solamente empece á los que son esta»blecidos por herederos, mas aun á to»dos los otros á quien era algo man»dado en aquel testamento.»

45 Tres partes contiene el caso de esta ley: la primera que la accion promovida contra el testamento es la que se llama *querela inofficiosi testamenti*, nacida de haber desheredado el padre á sus hijos ó nietos: la segunda que este pleito se trató únicamente con los herederos escritos en el testamento, como principales interesados y contradictores en su valor sin audiencia ni noticia de los legatarios; pues no hace memoria de esta circunstancia que no omite en otros casos, cuando la estima necesaria para que perjudique á otros; y en la tercera parte pone la consecuencia de que la sentencia que se da contra el principal, de cuya fuente y raiz procede el derecho de los legatarios, perjudica á estos, aunque no hayan sido citados, ni tenido la menor noticia del pleito.

46 La referida disposicion es en todo conforme á las leyes antiguas del derecho de los Romanos, señaladamente á la *ley* 8. §. 16. *de Inof. testam.*, á la *ley* 13. y á la 28. *del prop. tit.*; pero lo contrario se dispone en la *ley* 7. *tit.* 8. *Part.* 6. *ibi:* «Otrosí decimos, »que como quier que el fijo, ó el nieto »que fuese desheredado en el testa»mento, lo quebrantase por alguna de »las razones sobredichas, con todo eso, »las mandas que fueron y escritas, é »las libertades que fuesen y mandadas, «é otorgadas á los siervos, non se em»bargan, nin se desatan por esta »razon.»

47 Esta ley de *Partida* es arreglada en todo al derecho mas nuevo establecido en la *novela* 115., de la cual se formó la *auténtica*, *Ex causa*, *Cod. de Liber. præterit. vel exhæredat.* ibi: *Ex causa exhæredationis, vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones: cætera namque firma permanent;* y se adoptó y explicó en la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Rec.*

48 Debe notarse que la pretericion que se enuncia en esta *auténtica*, no es relativa al padre, porque entonces seria nulo el testamento, y no procederia el caso de la *querela inofficiosi testamenti*; pero entendiéndose con respecto á la madre, es equivalente á la desheredacion del padre, y procede

el mismo remedio y auxilio á favor de los hijos.

49 Los legados caducaron por el derecho antiguo, faltando la institucion de heredero escrito en el testamento, porque se miraban como accesorios y dependientes de esta cabeza principal; pero habiéndose alterado esta constitucion por las posteriores citadas, y dádose existencia independiente á los legados; aunque se irrite la institucion de heredero, con lo cual se satisface á la injuria y perjuicio que padecian los hijos en la desheredacion del padre y pretericion de la madre, quedan ilesas las demas disposiciones particulares del mismo testamento.

50 Por este medio quedan rectamente conciliadas las citadas dos leyes de las *Partidas*, y demostrada asimismo la conclusion de la primera de que la sentencia dada contra el principal contradictor del pleito perjudica á los legatarios en el hipótesi de que pendiese su derecho de la raiz de la institucion.

51 Por un medio enteramente contrario al que se ha insinuado en los casos referidos se demostrará que hay otros en que la sentencia que se da contra una persona que litiga, perjudica á otras que no fueron citadas ni oidas. Hasta aquí se ha tratado de las sentencias dadas contra los principales interesados que tenian la primera parte en la accion y defensa de lo que se disputa; ahora se hablará de las sentencias que se dan contra los que tienen un derecho secundario y accion mas remota en lo que se controvierte y defiende; y para que el efecto de estas sentencias trascienda con igual fuerza de cosa juzgada á los principales, á quienes toca en primer órden la accion ó defensa de lo que se disputa, es preciso que estos tengan noticia del pleito, y que toleren que se siga y defienda por los que estan en el segundo órden, que es la diferencia de las dos clases insinuadas, la misma que se percibirá con mayor claridad á vista de los casos particulares que corresponden á esta segunda.

52 La *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. pone el primer ejemplar en los que tienen á empeño ó por prenda para la seguridad de sus créditos las cosas de sus deudores; y permite que con estos se siga pleito sobre el dominio de la cosa dada en prenda; pues con esta noticia, y la tolerancia de dejar correr la defensa á cargo del deudor, se entiende y presume que presta su consentimiento á estar y pasar por lo que se determinase en aquel pleito, y que le perjudicará con la misma fuerza de cosa juzgada la sentencia que se diere contra el deudor en cuanto á perder la accion y derecho que tenia en la prenda, quedándole únicamente reservado el correspondiente á la cantidad de la deuda.

53 Esta es la disposicion literal de la citada *ley* 20. distribuida en dos partes: una positiva que es la que se ha referido; y otra negativa ó por un sentido contrario que sirve de confirmacion á la primera en cuanto dice: «Mas »si despues que fuere empeñada, en»trare en pleyto sobre ella el que la »empeñó, non lo sabiendo aquel que »la tiene á peños, non le empece el jui»cio que diesen contra el que gela »avia empeñado;» y esta ley parece que se formó de la 63. *ff. de Re judicat.*, la misma que se resumió en el *cap.* 25. *ext. de Sentent. et re judicat.*

54 El segundo ejemplar que pone en esta clase la citada *ley* 20., es relativo al marido que permite que su suegro, suegra, ó muger entren en pleito con otro sobre defender en juicio alguna de las cosas que le fueren dadas en razon del casamiento; pues en el hecho de saberlo y no contradecirlo le perjudica el juicio que fuere dado contra alguna de las referidas personas: «porque semeja, que por su vo»luntad fué juzgado, pues que supo »que andaban en pleyto sobre aquella »cosa, é non lo contradixo.»

55 Lo mismo sucede en el comprador, que sabiendo que el vendedor entra en pleito con otro sobre la cosa que tiene comprada, no lo contradice: «Ca si sentencia que fuere dada con»tra el vendedor, torna á daño á aquel »que compró la cosa del, como quier »que despues sea tenudo el vendedor »de gela facer sana.»

56 En estos tres casos referidos, y

en los demas en que haya de tener lugar esta limitacion de la regla, deben concurrir estas tres circunstancias: que el que sabe y tolera que se siga el pleito con otro tenga la accion ó defensa en primer órden para promoverla ó defenderla, pudiendo impedir al otro que lo ejecute como principal, en lo cual se encierran dos de los requisitos apetecidos; y el tercero consiste en que el derecho que reside en el que tiene la accion de primer órden, proceda de aquel mismo á quien permite litigar.

57 El señor Covarrubias en el *capit.* 13. *de sus Prácticas n.* 7. pone al contrario el ejemplo del acreedor que tiene en su poder la prenda, y del deudor que como dueño de ella se la entregó, y dice que para que tenga lugar la disposicion insinuada en este caso, ha de ser el mismo deudor el que permita al acreedor, que tiene en su poder la prenda, que litigue sobre el dominio de ella, y entonces la sentencia que contra éste se diere perjudicará al deudor en quien se conserva el dominio, y á quien atribuye la accion y defensa en primer lugar sobre la propiedad de la prenda; y esta es una de las razones de mayor momento que expone el señor Covarrubias en el lugar citado con otras que sirven de fundamento á su opinion.

58 Pero como este se opone abiertamente á la citada *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3., no es lícito apartarse de su observancia y cumplimiento para seguir el dictámen del señor Covarrubias, aunque sea muy respetable por su autoridad y grande sabiduría. Quisiera prescindir de la obligacion que impone la citada *ley de Partida*, y de la opinion que forman las leyes de los romanos que tambien se han referido, y sin embargo no estaria por la del señor Covarrubias, porque sus fundamentos no me parecen adaptables al caso de que tratan las enunciadas leyes.

59 Deduce este autor de la intencion del jurisconsulto en la enunciada *ley* 63. *ff. de Re judicat.* tres precisas circunstancias que deben concurrir para que tenga lugar su decision en la forma y términos que se proponen en ella, y que admitió con entera conformidad la referida *ley de Partida*: la primera circunstancia es que tenga noticia del pleito aquel á quien ha de perjudicar la sentencia: la segunda que le corresponda la accion y defensa directamente y en primer lugar, y no al litigante, aunque éste tenga interes en el vencimiento del pleito; y la tercera que en él se trate del derecho y dominio del litigante, del cual como de su propio autor haya recibido su derecho ó dominio el que permite se siga con el otro el juicio.

60 En el *n.* 7. *vers. Ex quibus* se explica el citado Covarrubias en los términos siguientes: *Tandem in summa, ut quæstionem istam absolvamus, ex ipso jurisconsulto deducimus, tunc demum sententiam inter alios latam aliis nocere, cum tria concurrunt simul, non alias regulariter. Primum scientia illius, cui nocere debet sententia: oportet enim, quod si sciat causam agi, et tractari. Secundum, quod hujus litis, et controversiæ defensio, et actio primo loco, præcipue, ac directe, spectet ad illud, non ad litigantem, etiamsi ejus intersit victoriam obtinere. Tertium, quod in hac lite tractetur de jure, et dominio litigantis, à quo velut ab auctore proprio constat jus, vel dominium ipsius, qui patitur rem istam cum alio tractari.*

61 En todas estas proposiciones convengo con el señor Covarrubias, y la discordia estriba únicamente en su aplicacion. En efecto este autor entiende que al deudor le compete en primer lugar la accion ó defensa sobre la propiedad de la prenda; pues al citado *n.* 7. *vers. Primum* se explica en estos términos: *Cum debitori proprie vere, ac primo loco competat actio, vel defensio super pignoris proprietate*; y yo soy de sentir que la defensa sobre la prenda y su propiedad toca en primer lugar al acreedor en cuyo poder se halla la cosa.

62 Esta es la proposicion capital que decide la cuestion; y á mi parecer se prueba con toda demostracion, teniendo presente que en el pleito que

se trata con el deudor sobre el dominio y propiedad de la cosa que él mismo dió en prenda á su acreedor, es demandado con la accion real vindicatoria por otro que pretende ser dueño de la misma cosa, y ocupa aquel en este juicio el lugar de reo, á quien compete la defensa.

63 Esto se halla bien descubierto en la citada *ley* 20. por aquellas palabras: «fuere vencido,» y por las siguientes: «el juicio que diesen contra »él;» sin que se halle alguna que indique que el deudor sea actor en el juicio. Lo mismo se percibe de la citada *ley* 63. ibi: *Veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris*; debiendo notarse la fuerza de aquella expresion *experiri*, que manifiesta que el deudor era reconvenido por otro, pues si fuera actor deberia decir: *Si creditor agere passus sit debitorem de proprietate pignoris*; ademas de que no habiá proporcion para que como actor tratase del dominio de una cosa que él mismo habia dado en prenda á su acreedor, y en cuya posesion se hallaba éste.

64 Con este supuesto, que es la especie del pleito que se trae por ejemplar en las leyes referidas, se procede á demostrar dos proposiciones: la primera que el actor, que usa de accion real procedente del dominio, mira como objeto de este juicio la restitucion de la cosa en que pretende tenerlo, y debe dirigir su accion contra aquel que la tiene en su posesion y tenencia: Vinnius, §. 1. *Institut. de Actionib. vers.* 16. *et* 17.: *ley* 25. *ff. de Obligat. et action.* ibi: *In rem actio est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet*: *ley* 36. *de Rei vindicat.* ibi: *Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possesor sit, vel dolo desiit possidere*: *ley* 80. *eod. tit.*: *ley* 29. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: «Tenencia, ó Señorío, queriendo »demandar un ome en juicio á otro,:::: »devela pedir á aquel que la fallare.»

65 En la segunda proposicion se probará con igual evidencia que el acreedor á quien se dió la cosa en prenda, adquiere la posesion: *ley* 16. *ff. de Usucapionib.*: *ley* 35. §. 1. *ff. de Pignorat. action.* ibi: *Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem*: *ley* 40. §. 2. *eod. tit.*: *ley* 1. §. 15.: *ley* 36. *ff. de Adquirend. posses.*, y la 14. *tit.* 13. *Part.* 5.

66 Sale por legítima consecuencia de las dos proposiciones antecedentes que la demanda que se intente sobre la propiedad de la cosa, se ha de poner precisamente contra aquel que tenga la posesion de la cosa empeñada por prenda; y que este debe ser el principal reo, á quien toca en primer lugar su defensa, como tambien se prueba por la citada *ley* 29. *titul.* 2. *Part.* 3. «E el tenedor devese amparar, »é responder sobre ella; fueras ende si »la oviese, ó la guardase en nome de »otro, é non se atreviese, ó non qui»siese entrar en juicio para ampararla.»

67 Si el actor que usase de la accion real vindicatoria la dirigiese contra el que estaba tenido por dueño de la misma cosa que habia empeñado, poco fruto sacaria de este juicio, aunque venciese al demandado: porque no podia restituirle la cosa, ni el juez le podia compeler á su entrega, pues se hallaba en la posesion de otro, con quien debió entenderse primeramente este juicio.

68 Resumiendo por último todas las proposiciones antecedentes se concluye necesariamente que toca al acreedor defender en primer lugar la prenda que le está entregada, en la que adquirió posesion: que pudo impedir á su deudor, aunque se tuviese, ó titulase dueño de ella, que entrase en la defensa del pleito contra el que la intentaba vindicar: que por el hecho mismo de haber sabido que el deudor tomaba á su cargo defender la propiedad de la prenda, permitiéndole que siguiese aquel juicio como principal, se entiende que prestó su tácito consentimiento á estar y pasar por la sentencia que se diere; y siendo contra el deudor, aunque éste no tuviese la posesion, ni pudiese restituir la cosa, obligaba la sentencia al acreedor á cumplir con la entrega y restitucion

de la prenda que tenia en su poder, quedándole á salvo, como se ha dicho, la accion contra su deudor para pedir la que le estaba debiendo por efecto de la obligacion precedente á la prenda.

69 Resulta tambien que este derecho y posesion adquirida en la prenda, tuvo su orígen del mismo deudor que litiga, concurriendo unidas en este caso todas las tres circunstancias que consideró necesarias el mismo señor Covarrubias, y quedan explicadas.

70 Por la série de los casos que forman la limitacion de la regla de que la cosa juzgada no perjudique á otros, viene á quedar expedito el conocimiento práctico de la misma regla, por la cual se debe estar y juzgar en cualquiera duda que ocurra; y se manifiesta al mismo tiempo la verdadera inteligencia de la otra regla, que obliga á que la sentencia sea conforme al libelo, extendiéndola sobre estos conocimientos de un modo sencillo que abrace con claridad las personas, las acciones ó excepciones, y las cosas que se han tratado en el juicio, como se verá mas claramente por el tenor de la sentencia difinitiva que debe dar el juez en el juicio que se propuso por objeto de estas *Instituciones*.

*Sentencia difinitiva*. En la villa de T., á tantos de tal mes y año, el señor N. vistos estos autos dijo: Que debia declarar, y declaró que la parte de N. probó bien y cumplidamente su accion y demanda; y que no lo hizo la de N. de la excepcion, compensacion y mútua reconvencion que ha propuesto en ellos; y en su consecuencia debia de condenar y condenó á dicho N. á que en el término de nueve dias pague al nominado N. los diez mil reales de vellon porque ha sido demandado, y por esta su sentencia así lo proveyó y mandó.

# PARTE SEGUNDA.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### *De la nulidad de la sentencia difinitiva* (21).

1 Hasta aquí hemos explicado con la posible claridad todos los trámites del juicio, y el modo de introducir y dirigir las partes que litigan sus acciones hasta obtener la declaracion del derecho, que les compete por medio de la sentencia difinitiva que el juez de la causa pronuncia. Desde ahora empezaremos á tratar con igual distincion de los medios por donde la parte, que se sintiere agraviada en dicha sentencia, puede reparar los perjuicios que el juez le hubiere irrogado con ella, procurando hacerla nula, y de ningun valor y efecto.

2 La nulidad pues de la sentencia puede intentarse como accion directa sola, ó como acompañada de la apelacion. De estos dos medios hacen mérito el Señor Covarrub. *Practicar. cap.* 24. *n.* 7. *in fin. et* 8. *vers. Verum*: Vantius *de Nullitat. tit.* 6. *cap. Quot, et quibus modis nullitas, nn.* 2. 9. 11. *et* 12.: Altimar. *de Nullitatib. rub.* 1. *q.* 3. *n.* 19.: Scacia *de Appellationib. q.* 19. *remed.* 1. *conclus.* 3. *n.* 1. *conclus.* 4. *nn.* 1. 92. 93. *et conclus.* 5. *n.* 64., con otros autores que refieren en los lugares citados, quienes exponen la forma en que debe intentarse la accion directa de nulidad por los dos medios indicados; pero se percibirá mejor reduciendo cada uno de ellos al método y conclusion de los escritos correspondientes.

3 N. en nombre de N., vecino de esta villa, en los autos con N. sobre pago de diez mil reales de vellon, y otras cosas que se han deducido en ellos, digo: Que por sentencia dada y pronunciada en 10. del presente mes de Enero se sirvió Vm. declarar y mandar::::: (*aquí el tenor substancial de la sentencia*). Y hablando con la debida moderacion contiene dicha sentencia notoria nulidad, y es de ningun valor y efecto: lo primero porque se dió sin la prévia citacion de las partes: lo segundo porque no se hizo publicacion de testigos, sin embargo de haberlo pedido mi parte en tiempo y forma::::: (*aquí se expresan las causas específicas en que se funda la nulidad*). Por todo lo cual: Suplico á Vm. se sirva estimar y declarar por nula, de ningun valor y efecto la citada sentencia, y reponiendo y supliendo los defectos que van indicados, proveer y determinar en esta causa, conforme á las pretensiones de mi parte, en todo lo favorable, por ser de justicia que pido, costas &c.

4 N.::::: (*se continúa lo mismo que en el antecedente escrito hasta referir el tenor de la sentencia*) la cual, hablando con la debida moderacion, es nula, de ningun valor y efecto; y cuando sea en sí alguna, es injusta, gravosa y perjudicial á mi parte: porque::::: (*aquí se expresan en resúmen y con la posible brevedad las causas en que se funda la nulidad, y se indican al mismo tiempo las que manifiestan la injusticia en el todo ó parte de la sentencia, y se concluye*). Por tanto, y apelando en forma de la citada sentencia: Suplico á Vm. se sirva admitirme dicha apelacion, y mandar se me dé el testimonio correspondiente para usar de él, y mejorarla en

la real chancillería &c., por ser de justicia que pido &c.

5 Tambien se puede hacer uso de la nulidad que contenga la sentencia por incidencia de la apelacion; y esto tiene lugar cuando solo se habla de su injusticia ante el juez que la dió, y se apela de ella para el tribunal superior, en donde podrá motivarse la nulidad al mismo tiempo que se espongan las causas y fundamentos de la injusticia; y este es el tercer medio que señalan los mismos autores.

6 Para proponer y formalizar la accion directa de nulidad, conforme al primer medio, señalan las leyes el término perentorio de sesenta dias contados desde la notificacion de la misma sentencia, como se dispone en la *ley* 2. *tit*. 17. *lib*. 4. *de la Recop*, (Ley 1. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.) sin que pueda usar de este remedio pasado el dicho tiempo, como se manifiesta en la dicha ley: *ibi*: «Si alguno alegare contra la sentencia »que es ninguna, puédalo decir hasta »sesenta dias desde el dia que fue»re dada la sentencia; y si en los »sesenta dias no lo dijere, no sea oi»do, despues sobre esta razon.»

7 Este mismo término prescribe la ley al recurso de nulidad, cuando se intenta como accion principal juntamente con la apelacion en la forma del segundo medio que se ha propuesto. La diferencia entre este recurso y el primero consiste únicamente en que para salir acompañado de la apelacion, y correr mejor suerte en su progreso, necesita anticipar y atemperar su uso al término de la apelacion.

8 La *ley* 32. *tit*. 2. *Part*. 3. hace particular encargo á los que han de pedir y demandar sus derechos que lo hagan ante aquel juez, «que ha poder »de juzgar al demandado.» Al mismo fin y por lo mucho que importa que se empiecen y continúen los juicios en los tribunales competentes para no exponerlos á nulidades; y que sean ilusorias las determinaciones con daño del público y de las partes, trabajaron mucho los autores en señalar y declarar los fueros y sus causas, tanto para las demandas como para las reconvenciones, formando á este intento tratados difusos, que se podrán consultar en los casos que ocurran, señaladamente el *de Judiciis* de Carleval.

9 Con el mismo conocimiento de lo mucho que importa no equivocar el juez, ante quien se han de poner las instancias, recursos y apelaciones sobre las nulidades que contengan las sentencias difinitivas, han explicado este artículo los autores que trataron de intento la materia de nulidad; pero lo hacen con tanta variedad en sus opiniones, y con fundamentos tan arbitrarios tomados en la mayor parte del derecho de los romanos, que no es fácil á los profesores modernos asegurarse del juez, ante quien pueden y deben tratar de la nulidad de las sentencias difinitivas, que se dieren contra las partes que defiendan.

10 El señor Covarrubias, *en el cap*. 24. *de sus Prácticas*, *al n*. 6. *vers. Tandem*, trata de la nulidad que se intenta como accion principal, independiente y separada de la apelacion y de cualquiera otro remedio, y estima en primer lugar que pendiente el juicio de nulidad no se debe hacer novedad en la causa principal.

11 Bajo este supuesto procede luego á examinar si se ha de tener y revocar inmediatamente por atentada la novedad que se hiciere pendiente aquel juicio de nulidad, y se explica con la siguiente distincion: *Quod si novatio facta fuerit ante inhibitionem judicis superioris, qui de nullitate cognoscit, non erunt attentata revocanda ante omnia, revocabuntur tamen omnino, si fuerint post hanc inhibitionem attentata.* En estas palabras manifiesta claramente que estaba pendiente el juicio de nulidad intentada como accion principal ante el juez superior del que habia dado la sentencia, sin que haga memoria, ni resuelva si podria tratarse de la misma nulidad ante el juez que la causó en su sentencia.

12 En el mismo lugar al num. 8. hace supuesto el mismo autor de la nulidad introducida como accion principal juntamente con la apelacion, y

si esta quedase desierta, es de dictámen que puede continuarse la nulidad por sí sola. Esta proposicion discretiva confirma que en el anterior num. 6. trató de la nulidad producida por sí sola sin auxilio de la apelacion ante el juez superior del que dió la sentencia, y en el mismo juez superior radica el conocimiento de la que se interpuso con la apelacion, aunque esta se haya desamparado.

13 Acevedo en la *ley* 2. *tit*. 17. *lib*. 4. *nn*. 1. 2. *y* 3. pone en arbitrio del actor introducir y formar el juicio de nulidad ante el juez ordinario que dió la sentencia, ó ante el tribunal superior, recurriendo á este por via de queja. Vantius *de Nullitat*. *tit*. 3. *n*. 8. conviene en que se puede tratar de la nulidad ó bien ante el mismo juez que dió la sentencia, ó bien ante el superior. Á este dictámen pone una limitacion, que se reduce al caso en que la nulidad de la sentencia proceda por injuria, soborno, ó otra iniquidad del juez; pues entonces no permite se intente que conozca de ella el mismo que dió la sentencia, porque aunque la parte quisiera hacer confianza de aquel juez, no se le puede obligar á que lo sea de su propia iniquidad.

14 Altimari *de Nullitatib*. *part*. 1. *rub*. 3. *n*. 15. hace tambien electivo el uso de la nulidad intentada por accion principal ante el mismo juez que dió la sentencia, ó ante su superior, siguiendo en esto la opinion de Scacia *de Appellationib*. *q*. 19. *conclus*. 6. *n*. 86.

15 El autor de la *Curia Philípica* habla con oscuridad del caso propuesto *en su primera parte* §. 18. *número*. 15. *ibi*: «La causa de la nulidad »se ha de pedir y tratar, no se ha»biendo apelado de la sentencia, ante »el mismo juez que la dió: y habién»dose apelado de ella, ante el supe»rior, sino interpuso la apelacion de »la nulidad principalmente, sino sim»plemente por incidencia de la causa »principal.»

16 Por este modo de esplicarse parece que solo permite el conocimiento de la nulidad al juez superior, cuando se ha recurrido á el por via de apelacion; y niega de consiguiente el recurso de queja ó nulidad intentada principalmente ante el mismo superior.

17 Paz *tom*. 1. *part*. 1. *temp*. 12. *n*. 8. solo hace mérito del conocimiento que compete al juez que dió la sentencia para delarar sobre su nulidad, sin que recuerde el que pudiera corresponder al superior: *ibi*: *Contingit aliquando*, *quod postquam sententia diffinitiva lata est*, *adversus eam agitur per viam nullitatis*, *et si appareat nullam esse*, *judex qui eam protulit*, *retractare poterit*.

18 Bien reflexionadas las opiniones de los autores citados me parece que convienen en la conclusion principal de que la nulidad puede intentarse, conocerse de ella, y declararse ante el juez que dió la sentencia difinitiva, ó en el tribunal superior, consistiendo toda la diferencia de sus dictámenes únicamente en el modo de esplicarse, ó en que unos trataron de los dos medios, y otros hablaron determinadamente de alguno de ellos sin excluir el otro de que podrian usar tambien las partes.

19 Aunque estan los referidos autores bastantemente complicados en la exposicion de la teórica y de sus fundamentos acerca del caso propuesto, que es el de la nulidad de la sentencia difinitiva intentada como accion principal, sola é independiente de la apelacion y de otro remedio, autorizando el conocimiento del juez inferior que dió la sentencia con las leyes y cánones que refieren, añade el Paz á este propósito la *ley* 2. *tit*. 26. *Part*. 3. *ibi*: «Aquel mismo Judgador »que dió su juicio por falsos testígos, »ó por falsas cartas, lo puede desfa»cer él, ó otro su Mayoral, si gelo »pidieren, é lo probaren;» y al mismo intento conduce mas expresamente la *ley* 13. *tit*. 22. *de la misma Part*., que afirma que aunque no se haya apelado de la sentencia difinitiva, si se intentase y probase despues que fué dada «por falsos testi»gos, ó por falsas cartas, ó por otra »falsedad cualquier, ó por dineros, ó »por don con que oviese corrompido el

»Juez,» que se puede, y debe desatar tal juicio.

20 No pudiendo pues caber duda en que el juicio dado con la falsedad y corrupciones indicadas contiene iniquidad y nulidad, que impide el concepto de sentencia y los efectos de cosa juzgada, se convence por la letra de la citada *ley* 2. *tit.* 26. *Part.* 3. que puede conocer de esta nulidad y de cualquiera otra, que se intente como accion principal, sola é independiente, el juzgador que dió el juicio, ó su mayoral.

21 Acerca del modo y forma con que se ha de proponer la accion de nulidad en los respectivos tribunales estan diminutos los referidos autores. Paz en el lugar citado reduce su instruccion á la nulidad intentada ante el mismo juez que dió la sentencia; y no la extiende á que se haya de producir en el tribunal superior, al cual debe recurrirse en la forma siguiente:

M. P. S. [21]

22 N. en nombre, y en virtud del poder que en debida forma presento, de N., vecino de N., ante V. A. me presento por el recurso de nulidad, queja, agravio, ó el que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del alcalde mayor de la expresada villa, especial y señaladamente de la sentencia difinitiva, que en 10 de Enero próximo dió y pronunció en los autos que mi parte ha seguido en su tribunal con N. de tal vecindad, sobre paga de diez mil reales de vellon; por la cual:::: (*aquí el tenor sustancial de la sentencia*) y constando por su literal contexto, y por el de los mismos autos, que es nula, de ningun valor, ni efecto, y notoriamente injusta, como dada sobre instrumentos y testigos falsos, sin publicacion de probanzas, conclusion, ni citacion:::: (*aquí las causas en que se motive y funde la nulidad*). Por tanto: A. V. A. suplico que habiendo por presentado dicho poder, y á mi parte por el recurso de nulidad, ó el que mas haya lugar en derecho, se sirva mandar librar la Real provision conveniente con emplazamiento en forma á la parte contraria, para que el referido alcalde mayor remita los autos originales dentro del breve término que se le señale, sin proceder *ad ulteriora*; y venidos que sean, estimar y declarar la nulidad de la citada sentencia, reponiéndola con todo lo obrado en su ejecucion, y devolviendo los autos á dicho alcalde mayor para que los determine en lo principal, conforme á justicia que pido &c.

23 Tambien podria prepararse este recurso ante el mismo juez que dió la sentencia, indicando la nulidad que contiene, y concluyendo con la sencilla pretension de que para proponer y mejorar mas en forma el competente recurso de nulidad en el tribunal superior, le mandase dar testimonio de la enunciada sentencia, y de esta pretension introducida en tiempo y forma; y con este testimonio se presenta ante el superior en la misma forma que se contiene en el anterior escrito.

24 El juez superior del alcalde mayor que dió la sentencia difinitiva, de cuya nulidad se trata, puede ser la chancillería de Granada, á cuyo superior tribunal podrá recurrirse por via de queja proponiendo derechamente la nulidad; no obstante que opine lo contrario Acevedo á la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *n.* 2., en donde supone que el juez superior para introducir y admitir el recurso de nulidad no es la chancillería, á donde dice que solo puede recurrirse por via de apelacion.

25 Esta opinion no tiene el menor fundamento, y la resisten las leyes que tratan de las chancillerías y audiencias. La *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 1. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.) [22] dispone que una de las audiencias resida continuamente en la villa de Valladolid; y da la razon, por ser villa noble y convenible para ello: que la otra audiencia, que antes residia en Ciudad-Real, esté en la ciudad de Granada por igual razon de estar, como está, en comarca mas conveniente de todas las ciudades, villas y lugares de la Andalucía, y reino de Murcia.

26 Esta ley, como todas las que se han establecido para la buena administracion de justicia, mira como primer objeto la conveniencia de los vasallos en los menos gastos, y en el menos tiempo para alcanzar su justicia; pues en estos dos artículos consiste su propio interes y el de la causa pública.

27 Con la misma consideracion de reunir estos dos objetos se dividieron los territorios correspondientes á cada una de estas dos chancillerías en la *ley* 2. *del propio tit. y lib.*, (Ley 2. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.) y se ordenó entre otras cosas que todos los concejos y universidades, como tambien las personas, vecinos y moradores de ellos, que estuviesen allende del rio Tajo, hayan de ir á la chancillería de Granada con todos sus pleitos, causas y negocios, de que segun las leyes y ordenanzas de estos reinos pueden conocer los oidores, alcaldes y notarios.

28 En la referida coleccion universal de todos sus pleitos, causas y negocios se comprenden necesariamente los que se intenten sobre nulidad de las sentencias difinitivas, que se dieren por los jueces inferiores de aquel territorio; y no se halla en algunas de las *leyes del citado tit.* 5., ni en otros que yo haya visto, que se limite, excluya, ni prohiba el que conozcan las chancillerías de los negocios y causas sobre nulidad intentada principalmente por sí sola y sin el auxilio de la apelacion.

29 En la *ley* 3. *de dicho tit.* 5. se ratifica haberse ordenado estos tribunales antiguamente para que los pleitos y contiendas, que en ellos hubiesen, fuesen prestamente librados y determinados por justicia y derecho; y en esta generalidad confirma que deben ir á estos tribunales todos los pleitos y negocios de su territorio, salvo aquellos que expresamente estuviesen exceptuados; comprobando tambien el fin de su ereccion para la mas pronta expedicion de la justicia y conveniencia de los súbditos y naturales de estos reinos.

30 En el progreso de la misma *ley* 3., despues de aumentar el número de los oidores que deben residir en cada una de las dos chancillerías, y distribuirlos en cuatro salas, les manda que oigan, libren y determinen de todo en todo, así en primera instancia como en grado de apelacion ó suplicacion, todos los pleitos y causas que en la tal sala se trataren.

31 Las *leyes* 10. 11. *y* 34. *del referido tit. y lib.* disponen lo conveniente acerca de que en las chancillerías se vean los pleitos, que por regla general se mandan remitir á ellas, aun de los que estaban pendientes en el Consejo, reservando únicamente los que estuviesen sentenciados en vista; y esto se dispone tambien en las *leyes* 21. *y* 24. *tit.* 4. *lib.* 2. Muchos de los tales pleitos y negocios van á las chancillerías en primera instancia, otros sin apelacion por simple querella ó recursos, ampliándose su conocimiento por la *ley* 36. á las fuerzas, que cometen los jueces eclesiásticos en no otorgar las apelaciones.

32 Todas las enunciadas disposiciones que han reunido en las chancillerías el conocimiento general de los pleitos y negocios de sus territorios con los dos fines ya indicados, y con el particularísimo de que los ministros del Consejo esten mas libres para entender en otras muchas cosas cumplideras al servicio del rey y á la buena gobernacion de sus reinos, como se expresa en la citada *ley* 11., manifiestan que se puede y debe recurrir á las chancillerías, no solo por via de apelacion, sino tambien por querella de nulidad, y por cualquiera otro medio que sea conveniente á que la justicia se administre con la brevedad posible.

33 Si para tratar de la nulidad principalmente puede tomar el actor á su arbitrio los dos caminos señalados, haciéndolo ante el juez inferior ó en el tribunal del superior, conviene mucho reflexionar cuál de estos dos medios sea mas ventajoso y seguro á la misma parte interesada y á la causa pública.

34 Si propone la nulidad ante el juez inferior que dió la sentencia, to-

cará al primer aspecto el desabrimiento que regularmente causa á los hombres el que les impugnen sus determinaciones, y mucho mas haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa ó iniquidad; pues hay muy pocos que quieran conocer y confesar sus yerros, y mucho menos su malicia: porque si la nulidad se funda en que el poder no fué suficiente, en que no se hizo publicacion de probanzas, habiéndola pedido la parte, ó en que no se concluyó, ni citó para sentencia, ó en cualquier otro defecto sustancial que resulte de los mismos autos, arguye ignorancia ó culpa en el juez por no haberse instruido bien de los hechos del proceso, como disponen las leyes citadas en el capítulo antecedente próximo, ó no haber conocido los defectos legales que contenian; y si la nulidad se funda en colusion del juez, soborno, ú otra causa que irrogue nota, será mas duro que la confiese en su sentencia, declarando ser nula por esta razon la que habia dado en la causa principal; y no es justo ni conveniente ponerle en el estrecho de que falte nuevamente á la justicia desestimando la nulidad propuesta.

35 Este pensamiento y sus fines se confirman por la *ley 7. tit. 10. lib. 2.* (Ley 10. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Rec.), por la cual se manda que el ministro del Consejo, oidor, ó alcalde que fuere recusado, si la parte pidiere que jure sobre la recusacion, siendo las causas estimadas por bastantes, sea obligado á jurar, declarar y responder á las preguntas no *criminosas.*

36 En el no esperado caso de que el juez inferior estimase y declarase la nulidad de su sentencia, puede apelar de ella la otra parte para el tribunal superior, como se dispone en la *ley 2. tit. 17. lib. 4.* (Ley 1. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.); y aunque se confirme en vista de la sentencia dada por el inferior sobre la nulidad, tendrá lugar la súplica por la regla general que establece la *ley 5. del propio tit. y lib.* (Ley 2. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.); pues solo restringe su disposicion á prohibirla cuando por el tribunal superior se confirman dos sentencias conformes dadas de grado en grado por jueces inferiores.

37 Por este órden se demuestra que el juicio de nulidad intentada ante el juez inferior no excusa á las partes las dilaciones y gastos que se han de causar siguiéndose despues por apelacion en el tribunal superior en vista y revista.

38 Si desde sus principios omitiendo el juicio de nulidad ante el inferior se propusiese ante el superior, se lograrán conocidas ventajas en todo: porque aquellos jueces no estan ligados con las notas que padece el inferior que dió la sentencia, de cuya nulidad se trata; y con las dos sentencias en que la declaren, se causa ejecutoria, como se dispone en la *ley 3. tit. 17. lib. 4. de la Recop.* (Ley 3. titul. 17. lib. 11. de la Nov. Recop.)

39 Por estas consideraciones y otras que se omiten de intento por no ser necesarias, se convence la utilidad y seguridad de proponer y seguir la nulidad como accion principal ante el juez superior del que dió la sentencia.

40 Algunos de los autores referidos atribuyen al juicio de nulidad efectos suspensivos en todos los procedimientos del juez que dió la sentencia, considerándolos por atentados, y preservan por los mismos principios el tiempo de la apelacion para interponerla y continuarla acabada la nulidad.

41 El señor Covarrubias en el citado *cap. 24. de sus Prácticas n. 6. vers. Tandem*, explica su opinion en los términos siguientes: *Quandoque principaliter agitur de nullitate ad rescissionem sententiæ, vel jus actus, qui nullus esse censetur; tunc sané opinor magis receptum esse, nihil fore novandum pendente hoc judicio, donec finita sit nullitatis causa.* En esto manifiesta claramente que el juez que dió la sentencia, de cuya nulidad se trata, queda ligado desde el punto que se introduce la nulidad para no continuar, ni dar un paso en la causa principal; y en el mismo lugar prosigue con la siguiente distincion: *Quod si novatio facta fuerit ante inhibitio-*

*nem judicis superioris, qui de nullitate cognoscit, non erunt attentata revocanda ante omnia, revocabuntur tamen omnino, se fuerint post hanc inhibitionem attentata.*

42 Tres observaciones se ofrecen en la distincion propuesta: una que el efecto de suspension impeditivo de toda novedad en el juez que conocia de la causa principal, lo atribuye el señor Covarrubias al juicio de nulidad pendiente ante el juez superior: otra que con solo estar pendiente este juicio, sin haberse expedido la inhibicion, ni intimádose al juez inferior, queda en la clase de atentado cualquiera novedad que haya hecho en el progreso de la causa, y únicamente la preserva de su reposicion ejecutiva, dilatándola para el fin del juicio de nulidad; y la última observacion consiste en que despues de la inhibicion el juez superior repone inmediatamente como atentado cuanto hubiese obrado el inferior despues de ella.

43 Acevedo en la *ley* 2. *tit.* 17. *libro* 4. *n.* 8. dice: que ya se proponga y siga la nulidad ante el juez mismo que conoció de la causa principal, y dió la sentencia, ó ya ante el superior, se impide y suspende el curso de los dias señalados para apelar, concurriendo dos calidades: una que la nulidad se intente dentro del mismo término de la apelacion; y otra que haya justa y probable causa para introducirla y seguirla, y que no se haga con temeridad y ánimo de dilatar la causa principal; pues unidas las dos circunstancias de haberse propuesto la nulidad dentro del término señalado para apelar, y hacerlo con causa probable, aun cuando sucumba en este juicio, y se declare que la sentencia no contiene la nulidad que pretendia, puede no obstante interponerse despues la apelacion de la citada sentencia principal.

44 Scacia es del mismo dictámen en lo principal; y en las dos calidades de proponerse la nulidad dentro del término de la apelacion, y tener causa probable en que se funde. Así lo explica en diferentes partes, señaladamente en la *q.* 12. *de Appellationib. n.* 61. en los términos siguientes: *Num quid si fuerit dictum de nullitate infra decem dies, eaque nullitate pendente, labantur decem dies ad appellandum, possit adhuc appellari post lapsos decem dies; quia pendente judicio nullitatis non currit tempus ad appellandum;* y al *num.* 169. añade: *Si aliquis, agendo principaliter de nullitate, dicat sententiam nullam, quia pendente causa nullitatis non currit tempus decem dierum ad appellandum, quamvis agens succumbat, dummodo non agerit calumniose de nullitate, aut ex causa improbabili: secus si calumniose aut ex causa improbabili, quia tunc curreret tempus; nam temeritas sua non debet ei prodesse.* Lo mismo repite en la *q.* 15. *artic.* 3. *n.* 91.; y en la *q.* 19. *remed.* 1. *concl.* 4. *n.* 20.; y del mismo modo explicó su dictámen en este artículo y en cuanto á sus efectos Vantius *de Nullitat. tit.* 8. *p.* 2. *nn.* 12. 13. *y* 14.

45 Don Francisco Salgado *de Reg. p.* 4. *cap.* 3. trató de intento y con mucha extension de los procedimientos de los jueces ejecutores mistos ó meros; y distinguiendo con toda propiedad los agravios cualificados que causan cuando exceden de su potestad, de los que llama simples ó de injusticia dentro de los límites de su jurisdiccion, procede á señalar los medios de reparar ó enmendar sus excesos, y pone en primer lugar el de la querella ó recurso de exceso, que considera equivalente en todos sus efectos al de nulidad intentada como accion principal, repitiendo muchas veces esta proposicion como supuesto de su doctrina, especialmente á los *números* 130. 139. 229. *y siguientes.* Y á la verdad no podia menos de conocer este autor que el exceso y la nulidad eran una misma cosa: porque el juez que exede de su potestad y jurisdiccion, obra como privado, y es uno de los defectos capitales para convencer de notoria la nulidad de sus procedimientos.

46 A este intento, y en demostracion de este principio, se explicó el jurisconsulto Paulo en la *ley* 20. *ff. de jurisdict. Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est,*

*et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere*. La misma sentencia se repite en la *ley* 1. *Cod. Si à non compet. judic*.

47 Supone tambien el mismo Salgado en repetidos lugares del citado *cap*. 3. que la sentencia ó providencia que da el juez ejecutor es apelable y susceptible de nulidad, pudiendo usarse de los dos medios separadamente al mismo tiempo; y con estos preliminares se propone la duda de si introducida la querella de exceso ó nulidad de lo obrado por el ejecutor, y pendiente la causa ó juicio de este artículo, correrá el tiempo señalado para apelar de la injusticia ó simple graván men que contenga dicha sentencia, ó si quedará desde aquel tiempo suspenso, y podrá usar de este remedio cuando pierda en el de la nulidad ó exceso.

48 A esta duda responde Salgado con resolucion positiva que no corre el tiempo de la apelacion, y que se suspende: *ibi*: *Interim terminum ad appellandum à simplici gravamine non currere, sed potius suspendi*. Omite este autor exponer en comprobacion de su dictámen muchas cosas que se le ofrecian, y se satisface y asegura en él con el sólido fundamento que refiere en el siguiente *n*. 131. *ibi*: *Moveor eo validissimo fundamento, etenim generaliter verum est, quod agenti de nullitate sententiæ non currit tempus decem dierum ad appellandum ab ejus injustitia, quamvis agens succumbat, dummodo calumniose nullitas non intentetur, aut ex causa evidenter improbabili*. En este mismo lugar refiere Salgado los autores que estiman por comun esta opinion, como si dijera que sigue este camino porque lo anduvieron otros.

49 Resumiendo lo que con tanta generalidad, oscuridad y confusion han expuesto los autores citados, haciendo por el número de sus opiniones que llegase á ser comun, no he podido conformarme con ella, ni convencer mi entendimiento de que su observancia traiga utilidad á la causa pública ni á las partes; antes bien hallo gravísimos perjuicios que desearia se enmendasen por aquellos medios mas sencillos, expeditos y de menos gastos.

50 Esta proposicion en que consiste mi dictámen contiene dos partes: en la primera idicaré los perjuicios que concibo en que sea la opinion de que propuesta la nulidad ó querella de exceso se suspenda, y no corra el término de la apelacion; y en la segunda manifestaré los medios de enmendarlos con grandes ventajas de la causa pública y de las mismas partes que litigan.

51 Yo supongo que la opinion que llaman comun los referidos autores, no se funda en ley alguna del reino; pues ninguna hay, ni ellos la enuncian, en que se disponga ó declare que el juicio de nulidad impida el curso de la apelacion, y haga dormir la jurisdiccion en la causa principal; y esta omision, aunque solo forma un argumento negativo, es de alguna autoridad á vista de que las mismas leyes del reino proveen lo conveniente en órden al tiempo en que debe proponerse la nulidad al juez que puede conocer de ella: en cuanto á que de la sentencia que se diere no pueda interponerse otra nulidad, aunque pueda admitirse apelacion; y por último disponen que estos juicios procedan y se sustancien por un órden comun, haciendo otras declaraciones correspondientes á las sentencias del Consejo; y es de inferir, cuando estan tan diligentes en prevenir lo que debe observarse en estos juicios de nulidad, que hubieran tambien declarado si desde que se interpone impedia el término de la apelacion y lo suspendia hasta que se acabase el referido juicio, habilitando desde entonces, si perdia aquella instancia, al que la habia introducido para que pudiera usar de la apelacion y enmendar por este medio la injusticia ó agravio que le producia la sentencia dada en la causa principal.

52 Es cierto que la opinion de muchos debe mirarse con respeto; pero no tanto que impida buscar contra ella la verdad, como lo advirtió y observó san Agustin *lib*. 3. *de Baptism. cap*. 3. *Nec non deterret cujuscumque*

*doctoris etiam sublimis auctoritas, ut contra illam veritatem non indagemus.*

53 La apelacion es un beneficio que segun naturaleza y por humanidad conceden los reyes á los que se consideran ofendidos ó agraviados por iniquidad ó ignorancia de los jueces; y al mismo tiempo gozan de este auxilio para suplir y enmendar lo que las mismas partes omitieron en las instancias precedentes, pudiendo alegar y probar lo que no alegaron y probaron en ellas. Esto es lo que sustancialmente disponen las leyes acerca de las apelaciones y sus fines, señaladamente la 1. *tit.* 23. *Part.* 3.: la 1. *tit.* 18. *lib.* 4.: la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*: (Leyes 1. tit. 20. lib. 11. y 6. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) la 4. *tit.* 10. *Part.* 7., con las *leyes* 1. *ff. de Appel.* y la 6. §. 1. *Cod. eod.*

54 Este beneficio de la apelacion no se da al que no le quiere, ni tampoco basta quererle para gozarle; sino que es preciso que explique su voluntad en el tiempo y forma que señalan las mismas leyes. Esta explicacion ó declaracion de la voluntad se hace con palabras ó con hechos, y ni uno ni otro se halla en el caso de que se trata. No hay en este caso palabras, porque no se apeló, siendo este el supuesto de la cuestion; pues estariamos fuera de ella si se hubiera apelado al mismo tiempo, en que se propuso la nulidad, ni podria haber duda en que se radicaria entonces este auxilio, y podria la parte usar de él, y continuarle en tiempo oportuno. El caso está reducido á una querella de nulidad y exceso independiente y solo; y de este hecho tampoco puede inferirse que la parte quiera usar despues de la apelacion: porque ni es consiguiente de ella la nulidad, ni es antecedente necesario por donde se haya de venir á la apelacion, que son los dos medios de donde se deduce la voluntad cuando no se explica.

55 Confirmase este pensamiento, y se aleja mas de que se entienda ó presuma que el que usa solamente de la nulidad quiera reservar la apelacion, por otro principio sólido reducido á que estando en su mano explicar con tanta facilidad la voluntad de apelar de aquella sentencia, y pudiendo hacerlo al mismo tiempo con una sola palabra diciendo que era nula, y que aun cuando fuese alguna apelaba, le coge de lleno el axioma, *si voluisset, expresisset*; y el otro que dicta que los pactos y condiciones que uno pudo poner con claridad, y dejó en oscuridad y duda, se deben interpretar y entender contra el mismo que como autor pudo darles la ley.

56 La causa y los fines de la nulidad son diversos de los que producen y justifican la apelacion; pues aquella consiste en la inversion del órden público, que prescriben las leyes por forma sustancial de los juicios para habilitar y mantener la natural defensa de las partes; y cuando el juez falta á estos preceptos de la ley, obra con exceso y nulidad, y el objeto del que se querella de tales procedimientos es que se repongan, y se estimen como si no se hubieran hecho.

57 La apelacion, aunque se guarde el órden público de los juicios, se justifica con no haberse distribuido el derecho privado á quien le correspondia y su fin es enmendar este agravio sin tocar en la nulidad del proceso, antes bien suponiendo su legitimidad.

58 ¿Qué influjo pues podrán tener entre sí estos dos recursos de nulidad y de apelacion si en todas sus partes son diversos? Los que hallasen alguna razon mas poderosa para inclinarse á la opinion que llaman comun, y convencerse de que la nulidad propuesta como principal detiene por sí sola, y suspende los dias señalados para apelar de la injusticia y simple gravámen de la sentencia, tocarán necesariamente los daños que produciria esta práctica á la causa pública y al derecho de las partes, y que es contraria á la letra y al espíritu de las leyes del reino.

59 Acabado el juicio de nulidad por todas aquellas instancias que permiten las leyes, y quedan expresadas, y declarándose que la sentencia dada en la causa principal no contiene la

nulidad que se propone, que es el supuesto para usar despues de la apelacion en el término, que segun la citada opinion comun quedó suspenso, procede este beneficio y auxilio en el concepto y con la precisa condicion de haberse introducido el juicio de nulidad principal y separadamente con causa y razon probable, y no por temeridad, fraude ó malicia.

60 Por consecuencia debe probar y acreditar el que en este caso quiera usar de la apelacion la calidad y condicion que le sirve de fundamento; esto es, que se movió á introducir el juicio de nulidad con justa y razonable causa; y como el conocimiento se ha de tomar del proceso principal, y es verosímil que el que obtuvo la sentencia en la causa y en el juicio de nulidad, contradiga el intento del que quiere apelar, negando que hubiese tenido causa justa y razonable, y alegando á mayor abundamiento que usó de aquel efugio con fraude y malicia para dilatar la causa principal y la ejecucion de la sentencia dada en ella, seria necesario seguir este nuevo juicio por todos los trámites ordinarios hasta calificar con una ejecutoria que la nulidad se habia intentado con probabilidad de razon y de justicia, aunque el suceso de haber perdido aquella instancia acreditase el mas sólido fundamento á favor de la otra parte; resultando de aquí que de la causa principal, en que fué dada la sentencia, nacian dos nuevas instancias que se habian de concluir antes de usar de la apelacion; y esto á la verdad se opone á la diligencia con que se interesan todas las leyes por la brevedad de los pleitos, restringiendo los términos en todo el progreso de ellos empezando desde la contestacion hasta la misma sentencia difinitiva, y precaviendo por todos los medios posibles las dilaciones que promueven las partes.

61 A mas de las muchas leyes que se han referido en estas *Instituciones* en confirmacion de lo que se interesa la causa pública en que se atajen y disminuyan los pleitos, ó se acaben con la mayor brevedad, conduce mas particularmente al intento y caso de que se trata la *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2., (Ley 6. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) que teniendo consideracion á los grandes daños que resultan de hacerse en general la condenacion de frutos, señala por el mas principal de ellos que remitiéndose la liquidacion á contadores se siguen muchos gastos á las partes, «porque »de nuevo se torna el pleyto sobre la »liquidacion en que se tornan á dar »otras sentencias de vista y revista;» y para evitar estos perjuicios manda: «Que los oidores en las sentencias que »dieren, en que haya de haber con»denacion de frutos, los tasen y mode»ren por lo que de las probanzas re»sultare, sin remitirlo á contadores, y »que esto se publique para que los »Letrados y las partes hagan sobre ello »las probanzas que les convengan.»

62 No excluye esta ley á los contadores en el caso de que hubiesen de liquidar los frutos, sino que pone remedio para que no haya tal necesidad, porque de la liquidacion de los contadores, ó de la estimacion que hiciesen cualesquiera otros peritos ó testigos, resulta por lo comun un nuevo pleito en que hacen grandes gastos las partes, y producen otros daños á la causa pública, indicando como medio mas oportuno para precaverlos el que los letrados y las partes en las instancias, en que pidan condenacion de frutos, articulen y prueben al mismo tiempo en la causa principal el valor y estimacion de ellos; pues con este antecedente podrán cumplir los oidores con el precepto que les impone la ley de tasar y moderar determinadamente en la misma sentencia de la causa principal la cantidad y estimacion de frutos de la condenacion.

63 Lo mismo persuaden y convencen las *leyes* 2. *y* 4. *tit.* 17. *lib.* 4.; (Ley 1. tit. 16. y 3. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Recop.) pues la primera dispone que introducida la nulidad en los sesenta dias que señala, si fuere dada sentencia sobre ella, no se pueda alegar nulidad contra esta sentencia, y solo se permite el que se apele y suplique de ella, prohibiendo que contra

las sentencias que se dieren en estas instancias se ponga ó alegue excepcion de nulidad; «y esto porque los pleytos »ayan fin.»

64 En la citada *ley* 4. [23] se manda que en los negocios que estuviesen pendientes en el Consejo y audiencias por grado de suplicacion ordinaria ó por la segunda suplicacion de la ley de Segovia, si se alegare nulidad de las sentencias en cualquiera manera que aquella sea, se reserve el determinar sobre la dicha nulidad hasta hacerlo juntamente con el negocio principal, «y no se cause, ni haga, ni forme juicio aparte para la sentenciar, y »determinar sobre sí y apartada»mente.»

65 Aunque esta disposicion trata de las sentencias que se dan en el Consejo y audiencias, se funda en una razon general que conviene admitir y seguir, guardando la proporcion posible, en los demas tribunales del reino, para que no se multipliquen los pleitos formándose apartadamente sobre los puntos, que sin ofensa de las partes y de su justicia se pueden unir y determinar en un juicio y sentencia.

66 Antes de ampliar este pensamiento con nuevas consideraciones, conviene hacer memoria de la *ley* 22. *tit*. 4. *lib*. 2. (Ley 1. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.) que á primera vista parece opuesta á la enunciada *ley* 4. *titul*. 17. *lib*. 4.; (Ley 2. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.) pues aquella dice que de las sentencias y determinaciones que dieren los del Consejo, «no »aya lugar á apelacion, ni agravio, ni »alzada, nulidad, ni otro remedio, ni »recurso alguno, salvo suplicacion »para ante Nos, para que se revea »en el dicho nuestro Consejo.» Esta letra que está escluyendo la nulidad se entiende que lo hace de aquella nulidad apartada que se intentase en juicio separado, suspendiendo la suplicacion para la revista y sentencia de la causa principal; pero bien se puede proponer y hacer mérito de la nulidad, que contenga la sentencia de vista, al mismo tiempo que se propongan y aleguen los agravios de su injusticia para que se consideren y motiven en la misma sentencia; y lo mismo la de revista cuando se trata de la causa principal en el grado de segunda suplicacion.

67 Si la nulidad se propone al mismo tiempo que la apelacion en la forma y método que se ha explicado para que una y otra guarden el concepto de principales, independientes y separadas en su ingreso, en su continuacion y en sus respectivos fines, se devuelve desde luego toda la causa principal al juez superior en fuerza de la apelacion, llevando tras de sí el conocimiento de la nulidad al mismo tribunal superior; y este es el primer efecto favorable que produce la union de estos dos recursos, de que hablan largamente los autores que se han citado en este capítulo, los que refiere Salgado comprobando la misma opinion en la *part*. 4. *cap*. 3. *de Reg*. *n*. 237. *al* 242.

68 El segundo efecto mas ventajoso, que resulta de la union de estos dos remedios, consiste en que los procedimientos que hiciese el juez despues de haberse introducido, aun sin esperar la inhibicion, se graduan de atentados, y se reponen inmediatamente como nulos; y esto no se lograría por el primer medio de usar de la nulidad separadamente, como lo exponen los mismos autores citados.

69 El tercer efecto favorable se funda en que la apelacion en el caso de no deferir á ella el juez, y proceder sin embargo *ad ulteriora*, prepara la fuerza del juez eclesiástico, y á esto no alcanza la nulidad por sí sola.

70 El cuarto y mas principal favor de la union de estos dos recursos estriba en que conociéndose en el mismo tribunal superior juntamente y por los propios trámites del mérito y justificacion de uno y otro, y comprendiéndose su decision en una misma sentencia, se logra que con las dos de vista y revista se acabe el pleito en todo, y se excusan seis instancias mas: las tres sobre la nulidad sola, cuando se ha empezado ante el juez ordinario que dió la sentencia; y las tres restantes sobre si ha lugar á la ape-

lacion por haberse introducido el recurso de nulidad con causa y razon probable ó por temeridad y malicia; y presentándose las ventajas que tuvieron las leyes en tan alta consideracion para buscar medios de evitar pleitos, y reducirlos al menor número posible, queda demostrado cuanto interesa la causa pública en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

71 Podrá decirse en oposicion de lo referido que usando al mismo tiempo de la nulidad y de la apelacion ante el juez superior del que dió la sentencia, pierde la parte el arbitrio y eleccion, que le concede la *ley* 2. *titul.* 26. *Part.* 3., de proponer la nulidad ante aquel mismo juzgador que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

72 Yo entiendo por lo que va expuesto que nada pierde la parte en no proponer la nulidad separada, que es el caso en que podria hacerlo ante el juez inferior, y que gana mucho en unirla con la apelacion, siguiendo el espíritu de las leyes posteriores que se han citado; y cuando necesitase de alguna declaracion, convendria se hiciese mandando que lo dispuesto en la *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. (Ley 2. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.) acerca de la nulidad que se propone contra las sentencias, que se dieren en el Consejo ó audiencias, se entendiese y extendiese á las de los demas jueces, reservándose tratar y determinar sobre la nulidad juntamente con el negocio principal, sin permitir que se cause, haga, ni forme juicio aparte para sentenciarla y determinarla sobre sí y apartadamente.

73 Y prescindiendo de si la ley de *Partida* se puede considerar derogada por la posterior de la *Recopilacion*, aun cuando se entendiese subsistente, tendria yo por irracional, fraudulento y malicioso el recurso de nulidad apartada por el solo hecho de introducirlo y proponerlo ante el juez que dió la sentencia; y estimaria sin otro conocimiento ni exámen del proceso que no debia aprovecharle el término de la apelacion, que segun la opinion de los autores citados queda suspenso.

74 De la nulidad que viene por incidencia de la apelacion, y de la que se propone como excepcion, se tratará mas oportunamente en los capítulos siguientes.

## CAPÍTULO II.

### *De las apelaciones y sus efectos.*

1 Hay otra manera de reparar la parte que se sintiere agraviada el daño, que hubiere recibido en la sentencia, cual es apelar de ella al superior del juez que la pronunció para que la reponga y mejore.

2 Cuán necesaria sea la apelacion, y cuán grande y general el bien que trae al mundo, á mas de que lo dicen las leyes, lo asegura y acredita la misma experiencia. Y en efecto con el uso de este remedio enmiendan los jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias por ignorancia ó malicia, ya sea juicio acabado, ó cualquier otro sobre cosa que acaezca en pleito: sirve este mismo remedio para suplir y enmendar las omisiones y defectos, que puedan haber tenido las mismas partes que litigan en alegar y probar los hechos de su justicia: igualmente aprovecha para preservarse de las injusticias y agravios que harian los jueces, si entendiesen que por otro no se podian descubrir ni corregir; y últimamente llena de satisfaccion á los interesados, viendo que por el juicio de muchos jueces se declara su justicia.

3 Las leyes nos presentan una idea clara y exacta de la apelacion: la 1. *ff. de Appellat.* empieza así: *Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat: quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat*: la 1. *tit.* 23. *Part.* 3. «E tiene pro el Alzada, quan»do es fecha derechamente, porque »por ella se desatan los agraviamientos »que los Jueces facen á las partes tor»ticeramente, ó por non lo entender;» y la 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop. ibi*: «Porque á las veces los Alcaldes y Jue-

»ces agravian á las partes en los jui»cios que dan, mandamos que quando »el Alcalde, ó Juez diere sentencia, si »quier sea juicio acabado, si quier »otro sobre cosa que acaezca en pley»to, aquel que se tuviere por agravia»do, pueda apelar:» San Bernardo: *lib.* 3. *de Consideration. ad Eugen. capit.* 2. *Fateor grande, et generale mundo bonum esse appellationes; idque tam necessarium, quam solem ipsum mortalibus. Re vera quidem sol justitiæ prodens, ac redarguens opera tenebrarum.*

4 De la omision de las partes que litigan, y del medio de suplirla alegando y probando ante el superior lo que no hicieron en el juicio anterior, disponen lo conveniente la *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellat.* ibi: *Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum; apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur.* Lo mismo se dispone en la *ley* 4. *Cod. de Tempor. et reparationib. appellat.*; y con mayor claridad se explican en este punto todas las *leyes del tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.* limitándose la 4. (Ley 6. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) que la prueba de testigos no se proponga, ni admita sobre los mismos artículos ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fueron traidos ó recibidos testigos para evitar que los sobornen y corrompan y se hagan probanzas falsas; pero deja expedita la facultad de presentar escrituras sobre los mismos artículos, ó los que son contrarios derechamente; porque en los instrumentos no halló la ley el riesgo de la corrupcion y soborno.

5 Todas las leyes que tratan de las apelaciones las justifican con el agravio que precede, y las recomiendan con el concepto de pura y natural defensa que se dirige á enmendarlo. De esta proposicion, que sirve de regla general, nace otra no menos positiva y segura, reducida á que de juicio ó sentencia que no es dada no se puede apelar, porque de gravámen que no ha sucedido no hay querella ni apelacion. Esto es lo que literalmente dice la *ley* 1. *tit.* 23 *Part.* 3. *ibi*: «Alzada es querella que alguna de las »partes face, de juicio que fuese da»do contra ella:» la 2.: «Alzarse pue»de todo ome libre, de juicio que fue»se dado contra él, si se tuviere por »agraviado:» la 3.: «Si dieren la sen»tencia contra él.» Confirman lo mismo las *leyes* 4. 13. 14. 18. *y* 27. *del propio tit. y Part.*, conviniendo todas en que ha de ser dado juicio y sentirse la parte agraviada para que tenga lugar y pueda recibirse la apelacion. Lo mismo dispone el *cap.* 63. *extra de Appellat.*

6 De este punto trataron con prolijo y detenido exámen Scacia *de Appellat. q.* 5. *art.* 2. y Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 2., quienes caminan por la misma regla de no hallar términos para proponer ni admitir apelacion de gravámen futuro, porque falta el fundamento que la motiva y anima; y no hay interes, y de consiguiente no hay accion para querellarse, ampliando esta disposicion á los dos casos siguientes: uno que aun precedida sentencia del juez, y agraviada por ella la parte, aunque haya usado de la apelacion, y le fuese recibida, si el mismo juez reformase su sentencia, como puede hacerlo siendo interlocutoria, caduca y se desvanece la apelacion, porque cesó en aquel momento la causa, y cayó en el caso del que no podia tomar principio, como se dispone por regla general en el *cap.* 60. *ext. de Appellat.*

7 El segundo caso á que se extienden las enunciadas disposiciones, se verifica cuando interpuesta la apelacion del gravámen futuro, sucede éste por la providencia posterior del juez: porque siendo la apelacion anterior de ningun valor ni efecto, no puede extenderse al gravámen que sobrevino, ni se pueden unir los dos tiempos por no concurrir aptitud en el primero. Estas son las razones que con otras equivalentes exponen con otros muchos los autores citados en comprobacion de este dictámen, que viene á ser general.

8 Yo añadiria en mayor demostracion que la apelacion que se inter-

pone, cuando no hay sentencia ni agravio, si tuviere efecto suspensivo adormeciendo la jurisdiccion del juez que conoce de la causa, no podia proceder en ella ni causar agravio; y si se atribuye á la apelacion anterior, solo el efecto devolutivo llevaria al superior la causa y gravámen de que se habia apelado por el principio, *Tantum devolutum, quantum appellatum*; viniendo á ser en los dos extremos perpleja la apelacion, é imposible acomodarse al caso que se propone.

9 Podria tambien suceder que el gravámen futuro de que se apela no se verificase, porque el juez proveyese á favor de la parte que apeló, y entonces quedaria ilusoria la apelacion, y cuanto en su virtud se hubiese ejecutado; y no permiten las leyes que los actos judiciales se expongan á ser burlados y sin efecto, y que se conviertan en vergüenza de los jueces y en daño de la causa pública, como observó oportunamente con sólidos fundamentos Molin. *de Primogen. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 10., demostrando que no debe empezarse juicio sobre derecho futuro, que por alguna causa pueda variarse, dejándole ilusorio: *ley* 26. *titul.* 4. *Part.* 3. *ibi*: «E así el trabajo »que oviesen pasado, en oyéndolas, »tornarseles y á en escarnio, é en ver»güenza:» *leg. Litigatores* 11. §. *ultim. ff. de Recept. arbit.* ibi: *Arbitrum non prius cogendum sententiam dicere, quam conditio extiterit, ne sit inefficax, deficiente conditione.*

10 Procede esta doctrina aun cuando pendiente el juicio sobre el derecho futuro se hiciese actual y presente el mismo derecho que se litigaba, pues no podria sin embargo continuarse la instancia contradiciéndolo la otra parte; y seria necesario empezarla de nuevo, como lo funda igualmente por los mismos principios Molin. en el lugar citado *n.* 20., viniendo por este medio á confirmarse las dos enunciadas proposiciones: primera que no puede haber apelacion ni otro acto judicial de gravámen futuro: segunda que sobreviniendo y haciéndose presente no prevalece, ni puede continuarse la intempestiva anterior apelacion. Resta pues examinar si el apelante debe expresar el agravio y probarlo para que le sea recibida la apelacion ó si bastará que se sienta y tenga por agraviado.

11 Esta segunda parte parece la mas probable si se ha de estar á lo que explican las palabras de las leyes en su propia y natural inteligencia, de la cual no es lícito separarse á no manifestarse claramente por otro medio la voluntad del legislador, como se ordena en la *ley* 5. *tit.* 33. *Part.* 7., y en la 69. *ff. de Legat.* 3.

12 La *ley* 2. *tit.* 23. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: «Alzarse »puede todo ome libre, de juicio que »fuese dado contra él, si se tuviere »por agraviado:» la 13. *ibi*: «Agrá»vianse los omes á las vegadas de los »juicios que son dados contra ellos, »porque se han despues de alzar::::: E »decimos, que de todo juicio afinado »se puede alzar qualquier que se tu»viere por agraviado dél:» *ley* 14. «Te»niéndose por agraviada alguna de las »partes, del juicio que diesen contra »ella, non tan solamente se puede al»zar de todo, mas aun de alguna par»tida dél, si se quisiere:» *ley* 18. «Agraviándose alguno del juicio que »le diese su Judgador, puédese alzar »dél, á otro que sea Mayoral:» *ley* 22. «Si se sintieren por agraviados::::: Sin»tiéndome por agraviado de la sen»tencia.»

13 Lo mismo se dispone en la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Porque á las veces los »Alcaldes, y Jueces agravian á las par»tes en los juicios, que dan, manda»mos que quando el Alcalde, ó Juez »diere sentencia, si quier sea juicio »acabado, si quier otro sobre cosa, que »acaezca en pleyto, aquel que se tu»viere por agraviado, pueda apelar »hasta cinco dias, desde el dia que »fuere dada la sentencia, ó rescibió el »agravio, y viniere á su noticia.»

14 La *ley* 3. *del prop. tit. y lib.* (Ley 23. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) distribuye y señala los casos en que se puede apelar de las sentencias interlocutorias, y con respecto á ellas concluye así: «En qualquier destos casos,

»otorgamos á la parte, que se sintiere »agraviada, que se pueda alzar; y el »Judgador que sea tenudo de otorgar »la alzada.»

15 Sucede muchas veces que la sentencia difinitiva es justísima considerado el estado de la causa, porque la dió el juez arreglada á los hechos probados en el proceso; y que al mismo tiempo es gravosa á la parte, que por su omision ó por otras causas no probó la verdad en aquella instancia, y espera hacerlo en otra, siendo habilitada con el auxilio de la apelacion, que es uno de sus efectos señalados en las leyes, especialmente en la 4. *titul.* 9. *lib.* 9. *de la Recop.* y en la 27. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: «E si por aventura, alguna de las partes dixere, que »falló agora de nuevo cartas ó testigos, »que le ayudan mucho en su pleyto, »que non pudo mostrar antel otro Jud»gador, devegelo recebir.»

16 Esta disposicion está indicada en la *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellat.* y en la 4. *Cod. de Temp. et repar. appellat.*, y de este caso hace mérito Scacia *de Appellat. q.* 3. *art.* 1. *n.* 1. *vers. Fuit etiam introducta*, y en la *q.* 5. *art.* 1. *n.* 3., probando las dos enunciadas proposiciones: una que el gravámen, aunque no proceda del juez y sí del abandono de la parte, justifica la apelacion; y otra que no es necesario motivar, ni expresar, y menos probar el agravio específico para que tenga lugar, y sea recibida la apelacion.

17 Si de la causa y sentencia difinitiva constase por notoriedad que ni el juez ha causado agravio á la parte, ni esta puede mejorar su derecho en otra instancia, le faltará el supuesto en que ha de motivar y justificar la apelacion, y se deberá despreciar la que interponga como frívola y calumniosa; pues no pudiendo aprovecharle, se convertiria en daño de la causa pública, dilatando los pleitos, y causando otros perjuicios á las partes que litigan.

18 Como no es fácil reunir los casos en que tenga lugar el juicio cierto y seguro de que las apelaciones sean frívolas y maliciosas, conviene recurrir á los que en esta clase refieren los autores en sus difusos tratados, señaladamente Salg. *de Reg.*, Lanceloto de *Attentat.*, y Scacia *de Appellat.*

19 Las reglas establecidas acerca de las apelaciones que se interponen de las sentencias difinitivas, de las que se trata principalmente en este capítulo, no tienen lugar en los autos interlocutorios, antes bien se dispone en ellos otra regla contraria reducida á que no reciben apelacion, como se prueba por la *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: (Ley 23. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.): «Establecemos que de las sen»tencias interlocutorias no aya alzada, »y que los Judgadores no la otorguen, »ni la den:» *ley* 1. *tit.* 19. *del propio libro.* (Ley 1. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Ordenamos, y mandamos que, »si de las sentencias interlocutorias, y »otros autos, que segun derecho, y »Leyes, y Ordenanzas del Consejo, y »Audiencias se puede suplicar, fuere »suplicado, que la parte, que quisiere »suplicar sea tenida de suplicar, y ex»primir los agravios por escrito dentro »de tercero dia.»

20 Debe observarse en esta ley que su disposicion es limitada á permitir la suplicacion de aquellos autos interlocutorios, de que segun derecho, leyes y ordenanzas del Consejo y audiencias se puede suplicar, dejando firme el supuesto de la regla que en lo general la prohibe.

21 La *ley* 37. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 3. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) refiere que se traian á las audiencias por via de fuerza muchos procesos eclesiásticos, porque no otorgaban las apelaciones de autos interlocutorios; y considerando el grande agravio que de esto recibian las partes, y que se impedia la vista de otros muchos negocios, manda que en adelante no se libren cartas para traer por via de fuerza procesos algunos eclesiásticos de autos interlocutorios.

22 La *ley* 12. *tit.* 23. *Part.* 3. establece: «Que de todo juicio afinado se »puede alzar qualquier que se tuviere »por agraviado dél. Mas de otro man»damiento, ó juicio que ficiese el Jud»gador, andando por el pleyto, ante

»que diese sentencia difinitiva sobre »el principal, non se puede, nin deve »ninguno alzar.» Continúa esta ley refiriendo algunas limitaciones de la regla, y acabadas ratifica lo mismo diciendo: «Mas de otro mandamiento, ó »juicio, que el Judgador ficiese, tuvié»ron por bien los Sabios antiguos que »establecieron los derechos de las Le»yes, que ninguno non se pudiese al»zar, maguer que se tuviese por agra»viado dél. E esto pusieron por dos »razones. La una, porque los pleytos »principales no se alongasen, nin se »embargasen por achaque de las alza»das, que fuesen tomadas en razon »de tales agraviamientos. La otra, por»que en el tiempo que se ha de dar el »juicio afinado, la parte que se tuvie»re por agraviada del Judgador, se »puede alzar, é fincale en salvo, para »poder demandar, é mostrar antel Juez »del alzada, todos los agraviamientos »que recibió en el pleyto del primer »Juez.»

23 El santo Concilio de Trento confirma esta regla en el *cap.* 1. *ses.* 13., y en el 20. *ses.* 24. *de Reformat.*, moderando aquella libertad absoluta que permitian los cánones, de apelar indistintamente de las sentencias de los jueces eclesiásticos, ya fuesen difinitivas ó interlocutorias, por ligero gravámen que contuviesen, como se dispone en el *cap.* 12. *ext. de Appellat.*, y en el *cap.* 1. *del prop. tit. in Sexto.*

24 Esta regla, que prohibe las apelaciones en las sentencias interlocutorias, recibe muchas limitaciones. Algunas de ellas se explican literalmente en las leyes, y otras se deducen de los ejemplos y casos que refieren, y de la razon general en que convienen. La *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 23. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) establece la regla ya indicada de que no haya alzada de las sentencias interlocutorias, y que los juzgadores no la otorguen, ni la den; y continúa con las limitaciones siguientes: «Salvo si »las sentencias interlocutorias fueren »dadas sobre defension perentoria, ó »sobre algun artículo, que haga per»juicio en el pleyto principal, ó si »fuere razonado contra él por la parte »que no es su Juez, y prueba la ra»zon, porque no es su Juez, fasta »nueve dias::::: y el Juez se pronuncia»re por Juez, ó dixere que ha por sos»pechoso al Juez, y en los pleytos ci»viles no quisiere el Juez tomar un »hombre por acompañado para librar »el pleyto, ó si en los pleytos crimi»nales no guardare lo que se contiene »en la ley primera de las recusaciones »en este libro quarto, ó si la parte pi»diere traslado del proceso publicado, »y el Juez no se lo quisiere dar; en »qualquier destos casos, otorgamos á »la parte, que se sintiere agraviada, »que se pueda alzar, y el Judgador »que sea tenudo de otorgar la alzada.»

25 La *ley* 13. *tit.* 23. *Part.* 3. pone por igual limitacion, «quando el Jud»gador mandase, por juicio, dar tor»mento á alguno á tuerto, por razon »de saber la verdad de algun yerro, ó »de algun pleyto que era movido an»tél;» y continúa con la razon general que hace apelable toda sentencia interlocutoria: *ibi*: «Ó si mandase facer »alguna otra cosa, torticeramente, que »fuese de tal natura, que seyendo »acabado, non se podria despues lige»ramente emendar, á ménos de gran »vergüenza de aquel que se tuviese »por agraviado della.»

26 El santo Concilio de Trento en los dos citados *capítulos* 1. *ses.* 13., y 20. *ses.* 24. *de Reformat.* reduce su disposicion á permitir la apelacion, no solo de la sentencia difinitiva, sino tambien de las interlocutorias que tengan fuerza de difinitiva, ó que su gravámen no se puede enmendar por ella. En fuerza de estas disposiciones se han extendido los autores á referir todos aquellos casos en que hallan la razon comun de admitir la apelacion de sentencias interlocutorias, como pueden verse en Salg. *de Reg. part.* 2. *cap.* 1. y en Scacia *de Appellat. q.* 17. *limit.* 47. *n.* 90.

27 Cuando concurren las circunstancias que hacen apelables las sentencias interlocutorias, quedan éstas comprendidas en la clase y efectos correspondientes á las difinitivas, señaladamente en cuanto á la suspension y devolucion de la causa, que son los

principales de que tratan las leyes y los autores [24].

28. De los efectos suspensivos que causa la apelacion legítimamente interpuesta en la jurisdiccion del juez que dió la sentencia, considerando sus procedimientos por atentados, no solo cuando los hace despues de la apelacion, si no en el tiempo en que pudo interponerse, tratan y disponen con uniformidad todos los derechos.

29 La *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. expresamente manda: «Que mientra que »el pleito anduviere antel Judgador »del alzada, que el otro Juez de quien »se alzaron, non faga ninguna cosa de »nuevo en el pleyto, nin de aquello »sobre que fué dado el juicio.» La *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 8. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) da la forma, y señala los jueces del ayuntamiento que deben conocer de las segundas instancias, cuando la causa fuese de diez mil maravedís, y dispone que pase ante el escribano, ante quien pasó en la primera instancia, el cual lleve luego el proceso original á los jueces que fueren nombrados; y en este hecho de pasar luego el proceso original á los jueces de la segunda instancia impide al de la primera todo procedimiento en ejecucion de su sentencia [25].

30 Al fin de la misma ley manda á los jueces de segunda instancia que despues de dada su sentencia, y pronunciada en el regimiento, la ejecuten luego sin dilacion alguna; y esta reserva privativa de la ejecucion de la sentencia á los jueces de la segunda instancia, entre quienes se halla necesariamente el de la primera con los dos del regimiento, inhibe al dicho juez de la primera instancia de la ejecucion de su sentencia despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer.

31 La *ley* 1. *tit.* 20. *del prop. lib.* (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) [26] trata de la segunda suplicacion, que en el efecto conviene con la apelacion, y dice: «Que en el caso, »que la segunda sentencia fuere dada, »y fuere suplicado para ante Nos, que »no sea hecha ejecucion de la dicha »segunda sentencia, fasta que sea da»da la tercera sentencia confirmatoria »por aquel, ó aquellos, á quien Nos »lo encomendáremos.»

32 Como al fin de esta ley se suspende la ejecucion de la segunda sentencia, que es la de revista, y la reserva para cuando se dé la tercera en el grado de segunda suplicacion con la expresion ó limitacion de que sea confirmatoria, parecia que dejaba indeciso el caso, y sin poder llevarse á efecto la sentencia de revista, siendo revocada por la que se diese en la segunda suplicacion; y para quitar esta duda, y suplir la omision y falta de palabras de la ley, se dispuso en la siguiente, que es la 2. *del prop. tit. y lib.*, (Ley 7. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) que lo que se sentenciase en dicho grado, se ejecute, «quier sea la »sentencia confirmatoria, ó revocato»ria;» y con sola esta novedad no la hizo en cuanto á que la sentencia de revista quedase entretanto sin ejecucion.

33 La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* alteró en parte las disposiciones antecedentes, mandando que si las sentencias de vista y revista fuesen conformes de toda conformidad se ejecuten, ó en aquella parte en que fuesen conformes, sin embargo de la segunda suplicacion dando la parte, á cuyo favor estuvieren las sentencias, las fianzas para los fines que explica la misma ley [27].

34 Esta particular disposicion confirma lo primero que antes de ella procedia la regla general de quedar suspendidas las sentencias por la segunda suplicacion: asegura tambien que en donde no hubiese particular disposicion que mande ejecutar las sentencias, quedan suspendidas por la apelacion ó suplicacion; y últimamente se limitó al fin de aquella ley la novedad de que se ejecutasen las dos sentencias conformes á los negocios pendientes, que no estuviesen sentenciados en revista.

35 El *cap.* 10. *ext. de Appellat.* dice así: *Quod si de aliqua exceptione quæstio oriatur, et exinde appellationem fieri contingat, eidem exceptioni*

*erit merito supersedendum: et principalis causa sine illa terminari non poterit, ei nihilominus supersedeatur*: el 7. *de Appellat. in sext.* hace mas clara demostracion de la regla insinuada en los dos extremos de haberse apelado, ó poder apelar: *ibi*: *Non solum innovata post appellationem à definitiva sententia interiectam, debent semper:::: ante omnia per appellationis judicem penitus revocari; sed etiam ea omnia, quæ medio tempore inter sententiam, et appellationem:::: contingit innovari, ac si post appellationem eamdem innovata fuissent.*

36 Por la segunda parte de este capítulo se confirma la regla en las apelaciones de las sentencias interlocutorias con la sola diferencia de que lo innovado despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer, se puede y debe revocar por el juez superior antes de tratar de la causa principal, si la parte lo pidiere antes de mezclarse, y contestar sobre el asunto principal de la causa; pero lo que se innovase despues de la sentencia interlocutoria, pendiente la apelacion, ó en el tiempo en que pudo interponerse, no se revocará hasta tanto que conste al juez superior por el proceso que se apeló con justa y legítima causa: porque sin este prévio conocimiento no procede la apelacion de los autos interlocutorios, y sin ella no hay atentados, porque no se suspende la jurisdiccion del juez inferior.

37 El *cap.* 10. *del propio tit. in sext.* da la misma razon en lo que dispone: *ibi*: *Cum per appellationem sit suspensa ipsius jurisdictio*: la *ley única ff. Nihil innovari appellatione interposita*, y la *ley* 3. *Cod. de Appellat.* proceden con la misma regla.

38 Sus excepciones, que son muchas y por diversas causas, producen dos efectos: uno confirmar la regla insinuada, y otro ponerla en grande oscuridad, sin que los jueces puedan decidirse sin mucho estudio y meditacion á tomar el partido de admitir las apelaciones en ambos efectos ó en el devolutivo solamente: porque si quieren consultar á prevencion para los casos que puedan ocurrir, ó para los mas frecuentes, los difusos tratados de Salgado *de Reg. protect.*, de Scac. *de Appellat.*, de Lancel. *de Attentat.* y de otros muchos, que trataron la materia aunque no tan largamente, este estudio pide mucho tiempo y constancia, y las mas veces quedarán con duda en la aplicacion de sus doctrinas.

39 Por estas causas me ha parecido conveniente hacer un resumen de aquellas sentencias que señalan las leyes y los cánones con calidad de ejecutivas sin embargo de la apelacion, poniendo la razon principal en que se fundan para que puedan mas fácilmente extenderla á los demas casos en que la hallaren verificada.

40 La sentencia de excomunion no recibe apelacion suspensiva, y aunque se denuncie ó publique despues de la apelacion, ó en el tiempo en que pudo interponerse, continúa su efecto, y no causa atentado la publicacion.

41 Esta proposicion es literal en los *cap.* 53. §. 1. *ext. de Appellat.* y en el *cap.* 7. §. 1. *de Sententia excommun. in sext.*, y en la *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1. La razon principal, que asegura la especialidad ó excepcion de la sentencia de excomunion, se presenta y señala en el citado *cap.* 53. §. 1. en aquellas palabras: *Cum executionem excommunicatio secum trahat, et excommunicatus per denuntiationem amplius non ligetur; ipsum excommunicatum denuntiare potest, ut ab aliis evitetur.* Y la misma razon se expresa en la citada *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1. «E »tan gran fuerza tiene la sentencia de »descomunion, que luego que es dada, »liga; lo que non facen las otras sen»tencias. E esto es en tal manera, ca »maguer se alze despues della, aquel »contra quien la dan, todavía finca li»gado, fasta que sea absuelto.»

42 De los efectos de la sentencia de excomunion, del tiempo en que los producen, y de los que tiene la apelacion que se interpone de ellas, trataré mas largamente en otro lugar, reduciendo ahora á dos proposiciones la explicacion de la que se ha propuesto: la primera que la novedad que se ha-

ce por el juez que da la sentencia, despues que se apeló de ella, ó en el término en que puede hacerse, es la que se califica de atentada por el efecto suspensivo de la misma apelacion, y de la capacidad de interponerla; y como la ejecucion de la excomunion se perfeccione y consuma con toda su fuerza en la misma sentencia, nada resta que hacer al juez en el tiempo señalado para apelar de ella, ni este caso forma con propiedad excepcion de la regla.

43 La segunda proposicion consiste en que la suspension tiene lugar en lo que está pendiente, pero no en lo que ya está ejecutado, pues esto necesita de revocacion, cuyo efecto no tiene la apelacion posterior.

44 Por estos principios se preocupó Salgado en el *cap.* 10. *part.* 1. *de Supplicat.* para caer en la opinion de que el rey y sus tribunales supremos no podian reparar derechamente por el recurso de suplicacion y retencion el daño público que habia causado la ejecucion de las bulas apostólicas antes de presentarse en el Consejo, y de tratarse de su retencion en los tribunales reales; pues suponiendo este autor que la autoridad del rey en estos recursos era limitada á suspender el daño que podian producir las bulas, y que se dirigia al propio fin el decreto de los tribunales supremos, confesó que no alcanzaba á reponer la ejecucion, y creyó necesario buscar otro medio que enmendase el daño público; en cuyo punto dice el mismo Salgado que meditó seriamente muchos dias con la felicidad de haber hallado para el fin referido un remedio, que llama milagroso.

45 De esta opinion y de la debilidad de sus fundamentos se trata con la oportuna extension en otro lugar; pues en éste solamente se hace memoria de su dictámen para confirmar que cuando el remedio es solo suspensivo, no alcanza á reponer lo ejecutado.

46 Para facilitar un conocimiento sencillo de las causas, que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido establecer una regla por donde se podrán resolver las dudas que se exciten en los casos particulares sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente ó tambien en el suspensivo. Consiste la enunciada regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público; y si fuese mayor el que padeceria la parte apelante, y el que trascenderia al mismo tiempo al público si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en los dos efectos; y si la parte, á cuyo favor está dada la sentencia, se expusiese á mayor perjuicio por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo.

47 Los ejemplos demostrarán con toda claridad la proposicion antecedente. En el *cap.* 13. *ses.* 25. *de Regularib.* previene el santo Concilio de Trento los escándalos y turbaciones que se experimentaban muchas veces en las disputas acaloradas, que excitaban los eclesiásticos seculares y regulares sobre preferencia en las procesiones públicas, en los entierros y otros actos semejantes; y para ocurrir oportunamente á los graves daños que nacerian de estas turbaciones en ofensa de los mismos eclesiásticos y de la causa pública, ordenó y mandó que el obispo compusiese y cortase semejantes controversias, declarando la respectiva preferencia que debian tener segun el estado de posesion en que se hallasen las partes, llevando á debida ejecucion su providencia sin embargo de apelacion y de otro cualquiera recurso: *ibi*: *Episcopus, amota omni appellatione, et non obstantibus quibuscumque, componat.*

48 Don Francisco Salgado, que trató de esta disposicion del santo Concilio en la *part.* 2. *cap.* 9. *de Reg protec.*, estima por razon fundamental para excluir la apelacion, el que la providencia del obispo en aquel caso es de puro gobierno para mantener la tranquilidad, evitar los escándalos, y precaver los tumultos y riñas, de que nacen tan graves daños al Estado: *ibi*:

*n.* 6.: *Remedium igitur dicti Concilii decreti provenit à mero judicis officio, ob rectam gubernationem, et tranquilitatem, ad sedandas rixas, tumultum et controversias, et vitanda scandala.*

49 La *ley* 54. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 5. tit. 3. lib. 7. de la Nov. Recop.) explica con mayor claridad las dos razones que recomiendan la ejecucion de las providencias que tocan al gobierno y tranquilidad de los pueblos, y prohibe se suspendan por las apelaciones ó inhibicion de los jueces superiores, *ibi*: «Porque somos informados que muchas veces se siguen »muchos inconvenientes de rescebir »nuestro Presidente, y Oidores todas »las apelaciones indistintamente, y »mandar sobreseer en la ejecucion, ma»yormente en las cosas que se mandan »en las Ciudades, Villas, y Lugares, »cerca de la governacion de ellas::::: »porque por esto se impide mucho la »buena governacion de las dichas Ciu»dades, Villas, y Lugares, y es mu»cho perjuicio para las Comunidades, »y causa de muchos gastos, y por la »mayor parte la ejecucion de estas co»sas es de menos perjuicio á las par»tes, que de ello se agravian.»

50 En esta ley se reunen las dos partes de la regla insinuada: una el mayor daño que padecerian las ciudades si se suspendiesen las providencias de gobierno; y otra el menor perjuicio que de su ejecucion resulta á las partes que de ello se agravian, repitiendo al fin de la misma ley que se tenga consideracion al bien público, «ca quando las cosas de esta cali»dad son de poco perjuicio, siempre se »deve mucho mirar lo que paresciere »que conviene al bien comun.»

51 El propio fin, y sobre los mismos principios de gobierno y tranquilidad, lleva el interdicto posesorio de *interin*, precaviendo que las partes vengan á las armas para mantener la posesion en que pretenden hallarse; y así en la providencia que con instruccion sumaria toma el juez, considera únicamente el mero hecho de la parte que esté en posesion al tiempo de la controversia; y manda que no se la inquiete ni turbe en ella sin perjuicio del derecho que puedan tener los que litigan con respecto á los juicios plenarios de posesion y de propiedad, reuniéndose en esta sentencia interlocutoria la tranquilidad pública que se turbaria por las riñas y desavenencias de las partes, y el menor perjuicio que siente la que en esta providencia queda fuera de la posesion. Esto es lo que en resumen explicó el señor Covarrubias en el *cap.* 17. *de sus Prácticas*, y lo que justifica la ejecucion de este interdicto de *ínterin* sin embargo de la apelacion; y al mismo fin y para su mayor comprobacion conduce la *ley* 176. *ff. de Reg. jur.*, ibi: *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*; y la *ley* 13. *ff. de offic. Præsid.*, ibi: *Congruit bono, et gravi præsidi curare ut peccata, atque quieta provincia sit, quam regit.*

52 La *ley* 6. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 22. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) hace un resumen de los casos, en que no permite que de las providencias que se dieren haya apelacion suspensiva. Supone en su principio que el alcalde debe otorgar la apelacion en los pleitos que las leyes disponen, y continúa refiriendo las limitaciones de aquella regla, *ibi*: «Pero »son algunos pleytos, en que no que»remos que se otorgue apelacion.» Este no querer que haya apelacion está fundado en la razon y justicia, que siempre gobierna la voluntad del rey, y es el alma de sus soberanas resoluciones [28].

53 Los casos, que refiere en las limitaciones de esta ley, son los siguientes: «Si se alzare demandar que algun »hombre, que no era descomulgado, ó »devedado, que no sea sepultado.» La suspension de este mandamiento seria contraria á la piedad y al buen gobierno de los pueblos, pues traeria gravísimos perjuicios á la salud pública, si no se diese sepultura á los cadáveres con motivo de la apelacion, que es el daño tan considerable que impide la suspension, y manifiesta que de parte del que apela no hay al-

guno, ó no es comparable con aquel.

54 El segundo caso es cuando la providencia se dirige á la recoleccion de uvas, mieses, ó de otra cosa semejante que perece por tiempo, ó sobre dar gobierno á niños pequeños. Para justificar estas disposiciones motiva la ley la misma poderosa razon que se ha indicado: «Porque en tales casos como »estos, si se alongasen los pleytos para »alzada, las cosas se perderian, y na»cerian dello muchos daños.»

55 Las sentencias en que se mandan dar alimentos, ya sean difinitivas ó interlocutorias, no admiten apelacion suspensiva, cuando el que los ha de recibir es pobre, y no tiene otros medios para mantenerse sino los alimentos presentes y futuros. Esta opinion se funda en la *ley* 27. §. 3. *ff. de Inofficios. testam.*, ibi: *De inofficioso testamento nepos contra patruum suum, vel alium scriptum hæredem, pro portione egerat, et obtinuerat, sed scriptum hæres appellaverat: placuit interim propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatum, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabuntur, decerni, eaque adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis.*

56 Salgado con otros muchos autores, que refiere en la *part.* 3. *cap.* 1. *de Reg. protect.*, añade á las dos calidades ya expresadas de que sean los alimentos presentes ó futuros, y pobre el que los pide, otra singularísima, y es que se soliciten *ex officio judicis* y no *vi actionis*; pues en aquel caso quita el efecto suspensivo á la apelacion, y lo permite en este.

57 Scacia *de Appellation. q.* 17. *limit.* 7. *n.* 17. dice que de la sentencia, por la cual se mandase dar alimentos, no hay apelacion, ya se pidan *officio judicis* ó *vi actionis*, concurriendo los otros dos requisitos que se han expresado. La misma opinion sigue Surdo *de Aliment. tit.* 8. *privileg.* 60. *n.* 23.

58 Salgado impugna con expresiones agrias y duras la opinion de los dos referidos autores, como puede verse al *n.* 13. del lugar citado: sus fundamentos me parecen poco sólidos; pues el principal que alega es la mencionada *ley* 27. §. 3. *de inoffic. testam.*, en donde halla unidas las tres calidades, de que los alimentos se pedian por un nieto contra su tio ú otro heredero escrito, en el cual induce mas estrecha obligacion la misma naturaleza, y es de derecho natural que el padre y los demas ascendientes den alimentos á los hijos ó nietos; y la misma se reconoce en estos para con sus ascendientes, que es el extremo de ser pedidos, y deberse *officio judicis* los alimentos, y no poderse retardar la ejecucion de la sentencia en que se declaran y mandan pagar: los que proceden por obligacion de contrato ó legado se piden por la accion puramente civil que nace de la misma causa; y en ésta no reconoce tan eficaz y poderosa recomendacion que los haga ejecutivos.

59 Pero deberia observar el expresado autor que la citada *ley* 27. §. 3. dispone lo conveniente al caso que se propone en ella, sin dar regla para todos los demas en que se piden alimentos por otras causas independientes del parentesco; para cuyos casos no induce diferencia alguna, y es voluntaria la que figura Salgado, viniendo á decir sustancialmente por un argumento negativo que no hablándose en aquella ley de alimentos que se piden por contrato ó legado, no tiene lugar en estos la ejecucion de la sentencia sin embargo de la apelacion; pero como la razon primitiva consiste en el mayor daño que sentiria el que ha de percibir los alimentos siendo pobre, pues se veria expuesto á perecer, comparado con el que pueda sentir el que está condenado á prestarlos, procede la regla general que se ha expresado, y que se indica como causa principal en la citada *ley* 27. en estas palabras: *Propter inopiam pupilli.*

60 El señor Covarrubias en el *capítulo* 6. *de sus Prácticas n.* 5. *y* 6. comprueba el dictámen de Scacia y Surdo, en cuanto estiman deberse dar alimentos, aunque se pidan por extraños, y en virtud de la accion civil que proceda de contrato ó legado, concurriendo dos calidades: una que

el actor manifieste y pruebe buen derecho en su instancia; y otra que sea pobre. Propone al num. 5. este autor la cuestion ó duda en general: *Utrum actori pauperi cogatur reus dives expensas litis suppeditare*; y refiere la opinion de Guido Papa, quien estima indistintamente que el reo siendo rico debe dar *litis expensas* al actor pobre: ibi: *Cogendum esse reum divitem actori pauperi litis expensas ministrare*. Esta opinion en la generalidad con que se concibe es refutada por Covarrubias; pero la admite, cuando examinando el estado del pleito y de la causa resultase alguna bien fundada presuncion del buen derecho del actor pobre: ibi: *Idem ipse profiteor, existimans nihilominus eam servandam fore, ubi perpenso statu litis, et causæ, constaret aliqua non levis præsumptio pro jure actoris pauperis. Nec id temere opinor, imo jure id verum esse ostendam ex his, quæ statim examinare constitui.*

61 Hasta aquí habla este sabio autor de la prestacion de las *litis expensas*, que aunque suenan como parte de alimentos no son de tan estrecha necesidad y recomendacion: porque sin aquellas, y en el supuesto de ser pobre el actor, podria seguir el pleito; pero no podria mantenerse sin los alimentos, faltándole otros auxilios como se propone. Debe tambien observarse que considerando suficiente una no leve presuncion de su derecho en el actor pobre para obligar al reo rico á que le dé *litis expensas*, con superior razon procederá esta obligacion constando plenamente, y llegando á la sentencia difinitiva. En este resúmen se demuestra que la causa de prestar *litis expensas* consiste en que el actor sea pobre, en que pruebe su buen derecho, y en que el reo tenga suficientes bienes de aquellos que se piden para contribuir con ellas, sin que se haga distincion alguna entre la causa de pedir y la calidad del actor.

62 Al *n.* 6., *vers. Quantum ad primum*, trata de los alimentos, y reconoce que la disposicion de la citada *ley* 27. §. 3. *de Inoffic. testam.* puede tener lugar, no solo en los hijos y nietos de que habla, sino en los transversales y demas sucesores que pretenden la herencia por testamento ó *ab intestato*; y como en los hermanos y otros de mas distante grado no se halla aquella eficacia del derecho natural con que se movió Salgado, como razon singularísima, á restringir la prestacion de alimentos á los hijos y nietos, de que habla la enunciada ley, procede con igual equidad que se socorra al actor pobre que justifica en bastante forma su derecho á los bienes que pretende, aunque no haya obtenido á su favor sentencia difinitiva. Esto es lo que en resúmen dice el señor Covarrubias que procede por justa razon de equidad, y que se observó en la chancillería de Granada, socorriendo con alimentos al actor pobre que pedia la herencia de su hermano intestado; y por esta regla concluye que se debe resolver la prestacion de alimentos, considerando el mejor derecho que por presunciones ó en otra forma equivalente probase el actor.

63 Bien consideradas las razones y causas en que pretenden fundar su dictámen los autores que se han referido, y tratan con otros muchos de este artículo; me parece que la causa principalísima, y la regla que de ella debe formarse, consiste en que los alimentos y *litis expensas* vienen á darse al actor pobre de sus propios bienes á proporcion de su valor y rentas; y así no se le mandan dar hasta tanto que ha probado plenamente su dominio y derecho, ó á lo menos por unas presunciones suficientes que manifiesten la verdad entretanto que no se convencen por otras mas poderosas; y siendo esta causa general y comun á todos los actores pobres, no debe tenerse en consideracion el orígen y calidad de sus derechos y personas.

64 Las apelaciones que se interponen de la provision, institucion y colacion de los beneficios curados, no suspende la ejecucion por la misma regla establecida al principio de resultar gravísimos perjuicios á los fieles, que carecerian entretanto de propio pastor

que les administrase sus alimentos espirituales, que siempre son de mayor preferencia que los alimentos corporales: *ex Authent. coll.* 8. *tit.* 16. *Novel.* 115. §. 14. *vers. Quæ obtinere decernimus.* ibi: *Si vero pro causis corporalibus cogitamus: quanto magis pro animarum salute providentia est nostræ solicitudinis adhibenda?* Salg. *de Reg. protec. p.* 2. *cap.* 5. *n.* 85.

65 Lo mismo sucede en los mandamientos para que se residan los beneficios curados. De uno y otro caso trató largamente Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 13. *y* 15.; y siendo la razon, que excluye la apelacion suspensiva, tan notoria y generalmente recibida, basta insinuarla en este lugar para el fin de confirmar la regla de que no se suspenda por la apelacion la sentencia, ya sea difinitiva ó interlocutoria, cuando el daño que resultaria habia de ser de notable consideracion; y por estos principios se debe gobernar este artículo en todos los demas casos que ocurran.

66 Aunque la apelacion es tan recomendable en los dos efectos, está cerca de producir notables daños á la causa pública con la dilacion; y para conciliar el interes del estado en que no se opriman las partes que litigan en la natural defensa de sus derechos, y en que no se excedan de una justa y moderada defensa con daño del mismo estado, ponen las leyes su mayor cuidado en señalar los términos competentes para que usen de las apelaciones, habiendo recibido este punto bastante variacion.

67 Las leyes antiguas de los romanos solo concedian dos dias á las partes que litigaban para apelar, y tres haciéndolo por procurador: *ley* 1. §. 5. *y* 6.: *ley* 2. *ff. Quando appellandum sit: ley* 6. §. 5. *Cod. de Appellat.*

68 La experiencia fué haciendo conocer que la restriccion de estos términos precipitaba á las partes á interponer sin meditada deliberacion sus apelaciones de que resultaban grandes daños; y se ocurrió á ellos ampliando el término al de diez dias por la *Novel.* 23. *tit.* 2., en que se hace memoria de las antiguas disposiciones y de sus efectos, y se enmiendan en el *cap.* 1., concediendo diez dias para apelar sin diferencia de que siga el pleito la parte principal ó su procurador. A esta nueva disposicion se refiere la *Auténtica*: *Hodie autem de Appellat.*, conformándose con ella en todas sus partes la *ley* 22. *tit.* 23. *Part.* 3.: el *cap.* 32. *ext. de Election.*: el 36. *de Testib.*; y el 8. *de Appellat. in Sext.*

69 La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) moderó y limitó el término de los diez dias al de cinco en toda sentencia, sea difinitiva ó interlocutoria, concurriendo en ésta alguna de las calidades que la hagan apelable: *ley* 3. *del prop. tit. y lib.* (Ley 23. tit. 20. libro 11. de la Nov. Recop.)

70 La disposicion de la citada *ley* 1. en lo esencial de este punto dice así: «Mandamos que cuando el Alcalde ó »Juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa, »que acaezca en pleyto, aquel que se »tuviere por agraviado, pueda apelar »hasta cinco dias, desde el dia que »fuere dada la sentencia, ó rescibió el »agravio, y viniere á su noticia; y si »así no lo ficiere, que dende en ade»lante la sentencia, ó mandamiento »quede firme.» Igual disposicion se contiene en las *leyes* 4. *y* 7. *del prop. tit. y lib.* (Ley 2. y 8. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) reducida á las apelaciones; pero sin hacer novedad en lo que disponen las leyes sobre la suplicacion, como se advierte expresamente al fin de la citada *ley* 1., de cuyo particular se tratará en lugar oportuno.

71 Admitida la apelacion en el efecto que haya lugar segun derecho, atendidas la regla y limitaciones indicadas, concluye el juez todo su oficio con dos partes: satisface á la primera haciendo dar al que apela testimonio claro y expresivo, que acredite la naturaleza de la causa, la cantidad sobre que se litiga, y las demas calidades que previene la *ley* 10. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 18. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.); y cumple con la segunda señalándole plazo conveniente para que se presente y mejore su apelacion an-

te el juez de la alzada, segun dispone en su primera parte la *ley 2. del propio tit. y lib.* (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.), y no señalándole plazo gozará de los que contiene la misma *ley 2.*

72 Para que la apelacion sea legítima requiere asimismo que se admita derechamente para el juez superior inmediato del que dió la sentencia, sin que pueda hacerse á otro mas alto, *omisso medio*, como se dispone en las *leyes 1. y 18. tit. 23. Part. 3. ibi:* «Agraviándose alguno del juicio que »le diese su Judgador, puédese alzar »dél á otro que sea Mayoral. Pero el »alzada debe ser en esta manera, su»biendo de grado en grado, todavía »del menor al mayor, non dexando »ninguno entre medias:» *cap. 66. ext. de Appellat.: cap. 3. de Apellat. in Sext.*

73 Contra estas literales disposiciones, que aseguran el debido honor y decoro á los jueces, para no ser defraudados de su autoridad y jurisdiccion, y facilitan la natural defensa á las partes con menores gastos, que los que sufririan con la mayor distancia de los jueces, si se omitiesen los inmediatos, de que resultaria ademas conocida turbacion y arbitrariedad de las partes que apelan; se fue introduciendo insensiblemente en los tribunales eclesiásticos el abuso de venirse derechamente á usar de la apelacion y de otros recursos al tribunal de la Nunciatura antes del establecimiento de la Rota Española, omitiendo los metropolitanos que debian conocer de la causa en las segundas instancias; y este desórden, y el agravio general que produciria á las partes y á la causa pública, excitó el celo y vigilancia del Consejo, ocurriendo á su enmienda por una carta circular de 26 de Noviembre de 1767, repetida en otra del año de 1778, señaladamente en el capítulo 11. de la primera.

74 La *ley 2. tit. 5. lib. 2. de la Rec.* (Ley 1. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Rec.) [29] señala los reinos y comarcas de donde deben ir las apelaciones á las dos chancillerías de Valladolid y Granada, declarando al fin, para quitar toda duda, que estando las ciudades y villas en una de las dichas comarcas, aunque en su término y jurisdiccion tengan lugares de la otra, todos los lugares sigan la cabeza de jurisdiccion. La *ley 20. tit. 4. lib. 2.* (Ley 13. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) ratifica en su principio la misma regla; y la 39. *del expresado tit. 5. lib. 2.*, siguiendo el espíritu de la citada *ley 2.* declaró para el recurso de las fuerzas que residiendo los jueces eclesiásticos en el territorio de alguna de las dos chancillerías, aunque las partes correspondiesen al otro, fuesen los procesos á la del territorio en donde residia el juez eclesiástico; y lo mismo se declaró con respecto á la audiencia de Sevilla en la *ley 7. tit. 2. lib. 3.* (Ley 6. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.)

75 Esta audiencia y las demas que se han establecido en el reino tienen sus respectivas demarcaciones, y son los tribunales inmediatos adonde deben ir las apelaciones de los jueces que residen dentro de sus términos.

76 Esta es la regla general, aunque recibe algunas limitaciones que refieren las leyes: la primera es cuando la causa es de menor cuantía que no excede de treinta mil maravedís, á que se extendió por la *ley 19. tit. 18. lib. 4.* (Ley 10. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) la que estaba señalada en las *leyes 7. y 18. del prop. tit. y libro* (Ley 8. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.); pues habiendo costumbre en estas causas de que sus apelaciones vayan al concejo, justicia y oficiales de la ciudad de la jurisdiccion donde el juez dió la sentencia, estos son los jueces inmediatos, y con su sentencia se acaba el pleito; bien que estando el juez que dió la sentencia en los lugares donde hay chancillerías y audiencias ó á ocho leguas de distancia, pueden las partes elegir tribunal, ya sea la audiencia ya el ayuntamiento de la ciudad.

77 En los lugares de las cuatro Ordenes militares comprendidos en los territorios de las chancillerías y audiencias usa el Consejo de Ordenes de jurisdiccion en las apelaciones y recursos á prevencion con las mismas chan-

cillerías y audiencias por gracia y merced de los señores reyes, autorizada con una práctica constante; sobre lo cual declaró lo conveniente el señor Don Felipe V. en el *auto acordado* 9. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 12. tit. 8. lib. 2. de la Nov. Recop.)

78 De esta preventiva jurisdiccion entre dicho Consejo y las chancillerías resultaban muchas vejaciones y daños á las partes y á la causa pública; pues apelando una al Consejo y otra á la chancillería libraban estos tribunales sus respectivos despachos para que se remitiesen los autos con emplazamiento á las partes; y no pudiendo las justicias ordinarias cumplir con los dos, padecian atropellamientos en sus personas y en sus bienes; y por estas repetidas experiencias se hizo entender al de Ordenes y á las chancillerías que cuando disputasen en tales casos su jurisdiccion preventiva, no apremiasen á las justicias ni á las partes, y recurriesen al Consejo para que enterado por las respectivas diligencias de dichos tribunales de la anticipada prevencion, dejase expedito su conocimiento.

79 La tercera excepcion de la enunciada regla consiste en que las partes pueden recurrir al rey derechamente con sus apelaciones, como se dispone en la citada *ley* 18. *tit.* 23, *Part.* 3. *ibi*: «Pero si alguno quisiere »luego tomar la primera alzada para »el Rey, ante que pasase por los otros »jueces, decimos que bien lo puede »facer. E esto, porque el Rey ha se»ñorío sobre todos, é puédelos jud»gar.»

80 En esta razon que pone la ley antecedente, se demuestra el poder del rey para juzgar todas las causas de sus súbditos, ya sea por su propia persona, ya por los tribunales á quienes quiera remitirlas. De esta autoridad suprema, y del beneficio que produciria si usasen de ella los mismos reyes, permitiéndoselo los importantes negocios del gobierno de sus reinos, trató de intento Marquez, *en su Gobernador Cristiano*, *lib.* 1. *cap.* 19. §. 2.

81 La *ley* 19. *tit.* 23. *Part.* 3. dispone que de las alzadas que se hacen al rey conozcan aquellos que juzgan cuotidianamente en su corte. Estos son los del Consejo Real, que como ministros colaterales del rey despachan con su inmediata representacion; y á fin de hacer justicia á los que vienen á su corte á pedirla, se ordenó en la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 6. lib. 3. de la Nov. Recop.) que el rey se sentase en público dos dias en la semana con los de su Consejo, y con los alcaldes de corte; y que lo hiciese en los dias lunes y viernes. Los señores reyes católicos restringieron los dos dias al viernes perennemente; pero no se desprendieron de oir y despachar los negocios de justicia con su Consejo lo mas pronto que fuese posible, tomándose á este fin el trabajo de andar por todas las tierras y señoríos usando y administrando justicia, acompañándoles el Consejo y los alcaldes, como se manda en la *ley* 5. *del prop. tit. y lib.* (Ley 2. tit. 6. lib. 3. de la Nov. Recop.)

82 En todos tiempos han confiado al Consejo los señores reyes de España los negocios de mayor importancia y gravedad, concediéndole amplísimas facultades para conocer de todos los asuntos que le pareciere que convienen al mejor gobierno del reino, como se dispone en la *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 1. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.) tambien se reservan al Consejo por la misma consideracion de su alta confianza otros muchos negocios de gravedad, en que estan inhibidas las chancillerías y audiencias; y de ellos hacen mérito la *ley* 8. *tit.* 5. *lib.* 1.: la 62. *cap.* 25. *tit.* 4.: la 81. *tit.* 5. *lib.* 2.: *auto* 1. *tit.* 4. *lib.* 2., *y otras muchas de la Recop.*, (Ley 9. tit. 6. lib. 1.) debiendo observarse que aunque en algunas leyes se mandan remitir á las chancillerías y audiencias los negocios de ciertas clases, en ninguna se halla inhibido el Consejo; y le queda expedita su autoridad para conocer de los que entienda que convienen al mejor servicio del rey y beneficio de las partes, ya sea por la gravedad de la causa ya por la proximidad de los pue-

blos, aunque esten fuera del rastro de la corte, y comprendidos en la demarcacion de las chancillerías.

83 De estas facultades he visto usar algunas veces, pero siempre con prévia y detenida instruccion, que asegure la utilidad de traer al Consejo la causa, que en otros términos iria á la chancillería del territorio.

84 Tambien estan reservadas al Consejo, y no pueden ir á las chancillerías las apelaciones de diferentes causas, que aunque se hayan seguido por las justicias de los territorios de las chancillerías y audiencias corresponden inmediatamente al Consejo por la naturaleza de la materia que comprenden, y por otro respecto de utilidad pública segun se expresa en las *leyes* 20. *y* 23. *tit.* 4. *lib.* 2. (Nota 8. tit. 5. lib. 4. y nota 5. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) y en otras muchas. Para las causas civiles de que conocen en provincia los alcaldes de corte, se ordenó (y en excepcion de la regla antecedente) que sus apelaciones vayan al Consejo, ó á los mismos alcaldes que conocen de lo civil. Estas disposiciones recibieron mucha variedad desde su establecimiento hasta el estado presente, así en la cantidad de que podian conocer los alcaldes en la apelacion, como en los que han de ser jueces en esta segunda instancia.

85 La *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. (Nota 8. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.) hace supuesto de que todas las apelaciones de cualesquier jueces, así ordinarios como delegados, deben ir á la chancillería; y por limitacion de esta regla pone entre otras la siguiente: «Que »las apelaciones de los Alcaldes de la »nuestra Casa y Corte de causas civi»les, porque los pleyteantes no sean »fatigados con gastos, queremos que »vayan ante los de nuestro Consejo, »estando en el lugar, donde el tal »negocio se determinare.»

86 La *ley* 2. *tit.* 6. *lib.* 2. (Nota 3. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) dispone que en las causas civiles, de que conocieren los alcaldes de corte, «no »aya apelacion, ni suplicacion, ni »agravio, ni nulidad, salvo para an»te Nos, y los del nuestro Consejo, y »no para ante los Oidores de la nues»tra Audiencia, ni para otro alguno.» Estas dos leyes no determinan los alcaldes que podian conocer de lo civil, y es argumento de que lo podian hacer todos, cuyo número, segun expresa la enunciada *ley* 2., se reducia á cuatro.

87 Por la *ley* 16. *del propio tit. y lib.* (Ley 7. tit. 3. lib. 7. de la Nov. Recop.) se aumentaron hasta seis, encargando á los cuatro el conocimiento de las causas criminales, y reservando á los dos el de las civiles de la corte y rastro. Estos dos alcaldes no estaban destinados con perpetuidad á las causas civiles, pues se debian elegir por turno, como se expresa en el §. 13. de la misma ley; y aunque no dice por cuanto tiempo debia durar esta eleccion, y repetirse otra sucesivamente de los restantes alcaldes, manifiesta en el §. 14. que el nombramiento debia hacerse cada año por turno, concluyendo con que el ejercicio de lo civil alternaba anualmente entre los seis alcaldes.

88 Esta disposicion no solo tuvo efecto para las nuevas causas que ocurriesen, sino tambien para las que estaban pendientes ante los mismos dos alcaldes nombrados, y ante los otros que conocian tambien de lo civil; demostrándose en esto que todos entendian en lo criminal y en lo civil.

89 No era de esperar que durase mucho tiempo esta legislacion, porque los dos alcaldes que se nombraban no tenian la instruccion conveniente de las causas que pendian ante los otros, y á estos sucedia lo mismo respecto de las que pendian ante los dos alcaldes, quienes las iban dejando á los que entraban en turno; y así sucederia muchas veces que las mismas causas que habian empezado unos alcaldes, aunque volviesen á ellos pasado el turno de los otros, ya no las conociesen por lo que se habria adelantado en ellas, y por el diferente órden que acostumbran darlas los jueces en su progreso y sustanciacion, haciéndose por todo esto mas embarazosa la expedicion de los negocios, cuando interesa tanto su brevedad.

90 Si uno de los dos alcaldes, que estaban en turno para conocer de las causas civiles, se hallase enfermo ó legítimamente impedido, despachaba el otro las suyas y las del compañero con los ocho escribanos de provincia, como se dispone en el §. 16.; y esta es otra circunstancia que prometia poca duracion de este establecimiento, que hasta entonces gobernaba el progreso y determinacion de las causas en primera instancia.

91 No fué mas feliz lo que se dispuso en el §. 17. acerca de las apelaciones de las sentencias que daban estos dos alcaldes; pues encargó su conocimiento á los mismos, no llegando la cantidad á cincuenta mil maravedís; y como el uno de ellos habia ya dado su dictámen en la sentencia de primera instancia, no era fácil que entrase en la segunda con aquella indiferencia que corresponde; y esta era otra circunstancia que hacia poco segura la justicia, y la ponia en ocasion de frecuentes discordias con mayores gastos de las partes y dilacion de las causas. Este es un efecto del amor propio que ocupa tambien hasta los jueces mas superiores. Los prefectos pretorios fueron los jueces mas autorizados entre los romanos, y sin embargo sospecharon que no reformarian las sentencias que hubiesen dado, como se explica la *ley* 35. *Cod. de App.* ibi: *Et si alius quidem præfectus, credibile est, quia rescindet quæ fuerint ab altero judicata: si vero idem ipse fiat præfectus iterum, is, qui jam sententiam tulit, contra cujus calculum, et supplicationes oblatæ sunt, quia præsumitur pro vetere sua sententia dicturus, jubet constitutio, ut quæstor una audiat cum ipso iterum aut tertium præfecto creato, et examinante suas in priore magistratu dictas sententias, statuens, ut nulla sit contra hujusmodi sententias retractatio.*

92 La experiencia acreditó lo fundado de esta presuncion, y obligó á que se variase y diese nueva forma en el conocimiento de las causas civiles en primera instancia, y en las apelaciones; pues en aquellas debian conocer los cinco alcaldes, despachando cada uno con dos escribanos de provincia, y en las apelaciones los dos nombrados por turno con tal que la sentencia, de que se apelaba, no fuese dada por alguno de ellos; en cuyo caso se habia de nombrar otro por el presidente para que entrase en su lugar. Esto es lo que se determinó y enmendó en la *ley* 18. §§. 1., 3. *y* 4. *tit.* 6. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 5. tit. 28. tit. 4. y 15. tit. 4. lib. 11. de la Nov. Recop.)

93 En esta forma continuó hasta que á representacion del señor Conde presidente, y á consulta del Consejo se expidió real cédula en 6 de Octubre de 1768, por la cual se estableció que se dividiese Madrid en ocho cuarteles, debiendo situarse en cada uno por su antigüedad igual número de alcaldes: que los referidos ocho alcaldes despachasen las causas civiles en primera instancia, como lo hacian antes los cinco, ejecutándolo los seis mas antiguos con uno de los escribanos de provincia, y los dos mas modernos con dos escribanos cada uno: que las apelaciones que antes iban á los alcaldes fuesen en adelante á la sala segunda del crímen, que se formó y dividió por la misma real cédula; todo lo cual se ha observado con la mayor exactitud y puntualidad, habiendo producido el uso de las demas disposiciones que contiene dicha real cédula el buen orden y tranquilidad que gozan desde entonces los moradores de Madrid.

94 Pero habiéndose recargado la referida sala segunda con los pleitos que iban á ella en apelacion de las sentencias dadas por los alcaldes y tenientes de Madrid, siendo conveniente relevarla de ellos en alguna parte para que los litigantes lograsen mas pronto despacho, y le tuviesen al mismo tiempo los negocios criminales de la dotacion de dicha sala, resolvió S. M. á consulta del Consejo, y se expidió real cédula en 19 de Abril de 1785, por la cual se dispone y manda que los pleitos de menor cuantía, que por la enunciada real cédula de 6 de Octubre de 1768, debian ir por apelacion á la sala segunda criminal, se re-

partiesen por turno entre esta y la sala primera, conociendo aquella de dos causas, y esta de la tercera; y así por el mismo orden empezando el turno de las dos causas por dicha sala segunda, que se debe observar igualmente en las causas de despojos, y en otras que remitiese el Consejo á las referidas salas en los casos de sus apelaciones.

95 La citada real cédula de 6 de Octubre de 1768, no hizo novedad en la cuota de que podian conocer los dos alcaldes en la instancia de apelacion; y así quedó reducida á trescientos mil maravedis, que es la última cantidad señalada por resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 9 de Setiembre de 1750, y componen ocho mil ochocientos veinte y tres reales, y diez y ocho maravedis de vellon.

96 Las apelaciones de las sentencias que dan los alcaldes, que despachan las causas civiles en provincia, excediendo de la cantidad referida, van al Consejo en sala de provincia; y de las que dieren el corregidor ó sus tenientes, excediendo de esta cantidad, corresponden al Consejo segun el *aut. acord.* 3. *tit.* 18. *lib.* 4.

97 Como en algunas causas no puede reducirse el interes á cantidad determinada, se ofrecian frecuentes dudas sobre si las apelaciones debian ir á la sala ó al Consejo. Yo he visto que se llevaban á la de provincia los pleitos sobre despojo de casas, y que se admitian algunas veces sus apelaciones, y en otros se declaraba corresponder á la sala.

98 De las causas entre los individuos de los gremios menores de Madrid sobre la observancia y cumplimiento de sus ordenanzas conocen los alcaldes de provincia en primera instancia, y sus apelaciones van siempre á sala segunda; pero cuando se trata de la inteligencia, interpretacion ó declaracion de alguna de dichas ordenanzas, corresponden las apelaciones al Consejo en sala de gobierno por dimanar de ella la aprobacion de las ordenanzas.

99 Del modo y progreso con que se mejoran las apelaciones, así en la sala como en el Consejo, y del efecto que causan las sentencias que se dieren, confirmando ó revocando las de primera instancia, se tratará oportunamente en otro capítulo.

## CAPÍTULO III.

### *De la mejora de la apelacion, su progreso y fin.*

1 Admitida la apelacion por el juez de primera instancia traslada al superior inmediato el conocimiento de la causa en las partes ó artículos que comprende; pero como estos hechos y sus efectos, aunque sean ciertos para la ley, no lo son para el juez superior, debe probarlos la parte apelante por ser el fundamento de su intencion, á cuyo fin se presenta en su tribunal con poder suficiente y testimonio de la apelacion en la forma siguiente [30].

Excmo. Sr.:

2 N. en nombre y en virtud del poder, que en debida forma presento de N., vecino de T., ante V. E. me presento en grado de apelacion, nulidad, queja, agravio, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del alcalde mayor de T., señaladamente de la sentencia difinitiva que dió en tantos de tal mes en los que contra mi parte ha seguido N., vecino de T., por la cual condenó á dicha mi parte á que en el término de nueve dias pague á la contraria diez mil reales, de la cual sintiéndose agraviada interpuso apelacion en tiempo y forma, y le fué admitida en ambos efectos, como se acredita del testimonio que con la solemnidad necesaria presento: En cuya atencion, á V. E. suplico que habiendo por presentados el poder y testimonio referidos, se sirva mandar librar vuestra real provision para que el escribano, en cuyo poder paran los autos, los remita originales en el breve término que se señale; y venidos que sean, se me entreguen para mejorar la

apelacion y exponer los agravios que contiene la citada sentencia, por ser todo de justicia que pido, juro lo necesario, &c.

3 Algunas veces se presenta la parte que apeló en el tribunal superior sin testimonio de la apelacion interpuesta y admitida, refiriendo y motivando la dilacion y vejaciones que le causan el juez y escribano, retardando el testimonio que ha pedido con repetidas instancias; y aunque concluyen pidiendo que se manden remitir los autos, se provee el correspondiente limitado á que dentro del breve término que se le señala, el juez mande darle el testimonio de la apelacion que hubiere interpuesto, ó interpusiere en tiempo y forma, y que el escribano lo cumpla con apercibimiento.

4 Esta práctica observada constantemente en los tribunales superiores, como lo he visto muchas veces en el Consejo, confirma la necesidad de probar la apelacion, como fundamento de la parte que recurre.

5 Si en el término señalado no le diesen el testimonio, vuelve la parte al mismo tribunal quejándose del juez y escribano, y presentando unas veces la provision original con los requirimientos ó citaciones puestas á su continuacion, y otras con solo el testimonio de las notificaciones. En el primer caso constando ser pasado el término, se manda librar sobrecarta á costa del juez ó escribano que haya motivado la dilacion; y en el segundo se libra nuevo despacho sin la expresion de que sea sobrecarta, aunque el efecto es uno mismo.

6 La *ley* 22. *tit.* 23. *Part.* 3. expresa el término en que se puede apelar, el modo y forma en que se debe hacer, y lo que se debe pedir, refiriendo en esta última clase lo siguiente: «E pido que me dedes vuestra carta »para él, é el traslado de la sentencia, »é de los actos del pleyto, como pasa»ron ante vos.» La *ley* 26. *del propio tit. y Part.* expresa al mismo intento lo que debe pedir el que apela, y le debe dar el juez. «Mas dévenles pedir »mansamente, que les den el pleyto »como pasó, é las razones como fue»ron tenidas, é el juicio que fuera da»do sobre ellas: é el Alcalde de quien »se alzaren, dévelo facer, dándoles »traslado de todo, bien, é lealmente, »non creciendo, nin menguando nin»guna cosa, é sellar el escrito con su »sello. E esto ha de ser fecho, fasta »tercer dia despues que se alzaron de »su juicio, ca de otra guisa, aquel que »ha de judgar el alzada, non podria »bien entender, si se alzó la parte con »derecho, ó non.» Prosigue la ley y dice: «Otrosí mandamos, que el Juez, »luego que oviere dado el escrito á las »partes, que les ponga plazo guisado, »á que puedan presentar, é seguir el »alzada antel Rey, ó antel Alcalde que »la oviere de judgar.»

7 La *ley* 27. *siguiente* previene lo que debe hacer el mayoral que ha de juzgar el alzada, y pone lo primero: «Que pues que las partes, ó alguna »de ellas pareciere antel, que ha de »abrir la carta en que es escripta el »alzada, é catar muy afincadamente »el pleyto como pasó, é las razones »como fueron tenidas, é el juicio co»mo fué dado.»

8 Todas las leyes que se han referido reunen sus disposiciones á que la parte que apela se ha de presentar ante el juez superior con el traslado del proceso íntegro; y en ninguna se hace memoria de que pueda hacerlo con solo el de la sentencia, su apelacion y admision, que es el testimonio de que se usa ahora.

9 La *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Rec.* (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) dispone igualmente que la parte que apela debe presentarse en el plazo que le señale el juez, ó en el que contiene la misma ley ante el superior con el proceso; y esto lo repite tres veces: *ibi*: «Y parescer con el proceso »ante el Juez de las alzadas::::: y la »parte que uviere de seguir el alzada, »sea tenido de se presentar ante el »Juez de las alzadas con todo el proce»so del pleyto; y si con el proceso del »pleyto no se presentare, que no sea »oido en el pleyto de la alzada, y la »sentencia finque firme.»

10 Como esta ley fué establecida y publicada por el señor rey Don Alon-

so XI. en las córtes de Alcalá, Era de 1386, siguió lo dispuesto en las leyes de *Partida* que se publicaron al mismo tiempo.

11 La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* (Ley 4. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) ordena: «Que en las causas que vienen »á las nuestras Audiencias por via de »apelacion, ó remision, tengan las par»tes para se presentar, y venir, y se»guir las causas, y traer los procesos, »los términos que estan ordenados por »la ley de Alcalá, que es la segunda »de este título, que si fuere aqüende »los Puertos sean quince dias, y si »allende, quarenta;» confirmándose por la disposicion de esta ley que la parte que apela debe presentarse con los procesos ante el juez de la alzada.

12 La *ley* 10. *del mismo tit. y lib.* (Ley 18. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) es la primera que hace memoria de los testimonios de la apelacion con que se presentaban las partes que apelaban ante los jueces superiores; no porque esta ley introduzca tal novedad, antes bien supone que se usaba antes acudir al juez de la alzada con los testimonios de la apelacion, pero que eran tan diminutos y oscuros que habian producido grandes inconvenientes por no entenderse bien la cantidad de la demanda, ni si la causa era civil ó criminal, ni si las apelaciones estaban admitidas en los dos efectos ó en uno solamente; y en estos supuestos reduce la ley sus disposiciones á que se extendiesen dichos testimonios con la claridad conveniente en esta parte, como en efecto se observa. De aquí se puede concluir por la série de las enunciadas leyes que esta práctica de presentarse al superior con los testimonios sucintos de la apelacion debió su orígen al uso y estilo de los tribunales, y que despues se autorizó por la ley, conociendo las ventajas que por este medio lograban las partes y la causa pública, de las que se notarán algunas en el progreso de este capítulo.

13 La apelacion se admite de cuatro modos: primero diciendo expresamente qué la admite en ambos efectos devolutivo y suspensivo: segundo cuando dice que admite la apelacion sin expresar en qué efectos, ni poner otra alguna limitacion: tercero cuando la admite en cuanto ha lugar en derecho; y el cuarto diciendo que la admite solamente en el efecto devolutivo y no en el suspensivo.

14 En el primer caso, que se ha de acreditar con el testimonio de la apelacion, manda librar el juez superior provision ó despacho para que se le remitan los autos originales, logrando las partes y el público mayor expedicion y brevedad en el seguimiento de aquella instancia, y excusando los gastos de la compulsa; y estas son dos ventajas muy considerables que no podia conceder el juez inferior, porque estaba ligado á dar copia ó traslado de los autos, segun lo disponen las leyes referidas.

15 No se hace agravio al juez inferior en pedirle los autos originales: porque habiendo deferido á la apelacion en los dos efectos, le son inútiles, y no puede proceder en ellos por haber apartado de sí toda su jurisdiccion, ligándose las manos, y quedando inhibido para proceder en aquella causa; y así el juez superior no ofende al inferior con la inhibicion virtual que contiene la remision de autos originales, antes bien va conforme á su intencion.

16 Procede esta doctrina y el uso de los tribunales aun en los casos en que el juez inferior concediese la apelacion en las causas que por su calidad y naturaleza no la admiten en el efecto suspensivo: porque en cuanto está de su parte se desprendió de toda su jurisdiccion y conocimiento; y constando por el testimonio de la apelacion haberla admitido en los dos efectos, estima el juez superior por el concepto y presuncion, que debe tenerse á favor de la justicia en los procedimientos de los jueces, entretanto que no se pruebe y declare lo contrario, que la apelacion es legítima en los dos efectos en que fue admitida; y procede por consecuencia que no se le hace agravio en que se manden remitir los autos originales, aun cuando la parte apelada lo contradiga, mo-

tivando que la sentencia dada á su favor es ejecutiva: porque este incidente, en el cual se trata de la nulidad ó revocacion del auto del juez inferior, en que admitió la apelacion en los dos efectos, pide audiencia, conocimiento y decision; y no debe embarazar entretanto el progreso de la causa principal, especialmente para que se lleve original al juez superior, en cuyo tribunal podrá tratarse y decidirse este artículo prévio por los mismos hechos, calidad y naturaleza del proceso, así como se hace para inhibir al juez inferior cuando él no se inhibió en la apelacion, limitándola á solo el efecto devolutivo, y reservándose la jurisdiccion para ejecutar su sentencia.

17 Esta práctica de los tribunales es conforme á la razon y á lo que dispone el derecho, señaladamente en el *cap.* 5. *de Appellat. in Sext*, y á lo que con mas extension tratan y fundan los autores, especialmente Salg. *de Reg. part.* 3. *cap.* 18., y Lancelot. *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. *limit.* 1. *n.* 71. *y siguientes.*

18 En el segundo caso referido proceden uniformemente todas las disposiciones que se han aplicado al primero: porque admitida la apelacion sin expresion de que sea en los dos efectos, ni restriccion de que se entienda en solo el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida, que equivale á la universal, concurriendo alguna razon de equidad y beneficio, como lo explican con claridad y distincion Covarr. *Variar. lib.* 1. *cap.* 13., Castill. *Controv. lib.* 1. *cap.* 44. y *lib.* 8. *cap.* 46. con otros muchos que refieren; y verificándose en la apelacion la equidad y favor, en que se interesa la natural defensa á que se dirige, es preciso entenderla con toda la amplitud posible á beneficio de la parte que apela; siendo uno de los casos en que la proposicion indefinida de admitir la apelacion tiene el mismo efecto que la universal de admitirla en todos los que la puedan corresponder, que son el devolutivo y suspensivo.

19 Concurre tambien en confirmacion de la doctrina antecedente que el juez de quien se apela puede dar ley clara al acto de su jurisdiccion, y cuando no lo hace se le debe imputar su negligencia, y entenderse con toda la extension del derecho á beneficio de la equidad y de la natural defensa: *ley* 2. *tit.* 33. *Part.* 7.: *ibi*: «Debe interpretar la dubda contra aquel que »dixo la palabra, ó el pleyto escura»mente, á daño del, é á pro de la otra »parte:» *ley* 39. *ff. de Pactis.*

20 El que apela siempre desea y pide que se le admita la apelacion en ambos efectos; y respondiendo el juez simplemente que la admite, se entiende que se refiere á la pretension de la parte, y que repite las mismas calidades y condiciones de que sea en los dos efectos. La prueba de esta proposicion se toma de la *ley* 24. *tit.* 11. *Part.* 5. en aquellas palabras: «E esto »sería, como si dixese un ome á otro: »¿Prométesme de dar un caballo, é »una mula? Ca si el otro dixese sim»plemente, prometo; vale la promi»sion en todo.» Y es la razon, porque para valer la estipulacion ha de concordar enteramente la respuesta con la pregunta, como se dispone en la *ley* 26. *del prop. tit. y Part.*; y se entiende que es uniforme, cuando simplemente se promete lo que se ha estipulado ó pedido con palabras copulativas, como si expresamente las repitiese en su respuesta.

21 Al propio intento conduce el §. 5. *Instit. de Inutilib. stipulat.* en el cual se propone que si uno estipulase *sub conditione, vel in diem*, y se le respondiese simplemente, *promitto*: se resuelve, *breviter videris in eumdem diem, vel conditionem spopondisse*; y el Vinnio sobre el versículo: *Neque enim necesse est*, explica la misma repeticion, ibi: *Sed simpliciter respondendo, spondeo, aut promitto, responsio ad universam conceptionem, atque ad omnia interrogata refertur: nam ut stipulator verba concepit, et quasi præivit, ita respondisse intelligitur.* Lo mismo se dispone en el §. 18. *del referido título*: *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat dare spondeo, propter omnes tenetur.*

22 Si los jueces admiten la apelacion con la cláusula «en cuanto ha lugar en derecho,» como lo hacen freeuentemente, dan motivo á las partes para que duden y disputen si dicha apelacion produce los dos efectos devolutivo y suspensivo ó solamente el primero; y aun si acaso se extiende á excluir los dos, considerando que la causa por su naturaleza y condicion no puede admitir de modo alguno apelacion. Para embarazarse en estas controversias toman ocasion de la opinion y doctrina de algunos autores.

23 Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 18. *n.* 1. *y* 2. procede en el supuesto de que la apelacion, en los dos primeros casos de ser admitida expresamente en los dos efectos, ó simplemente como se ha referido, deja sin jurisdiccion al juez de la causa, y traslada todo su conocimiento al superior, y establecida esta conclusion como regla general en la materia, continúa con la siguiente limitacion: *Secus autem quando cum clausula (si, et in quantum de jure admitti potest), quæ quidem clausula frequenter uti judices adsolent, quæ operatur, uti si de jure admittenda sit, et deferendum, delatum censeatur: secus autem si deferri de jure non debeat, quia non intelligitur ei delatum, sed omnino à jure delatio pendet.* Lancelote *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. *limitat.* 1. *desde el n.* 72. procede sobre la misma regla indicada, y al 90. pone por limitacion de ella el caso en que se admita la apelacion con la cláusula referida, «en cuanto ha lugar en derecho:» *Quoniam hoc casu, si de jure non erat deferendum, non censetur delatum.* Refiere el mismo Salgado en comprobacion de su opinion muchos autores, siendo uno de estos Menoch. *de Recuperand. posses. remed.* 9. *n.* 331. ibi: *Nisi admissa fuisset appellatio hæc cum clausula, si, et quatenus de jure admitti potest: operatur enim clausula hæc, ut si admittenda sit, recte admissa censeatur, alias rejecta.*

24 Por estas explicaciones queda reducida la opinion de los referidos autores á un hecho incierto con respecto á las partes, cuya ignorancia forma una condicion relativa al tiempo pasado ó presente; y hasta que se purifique por la declaracion del juez, que debe hacerla con expresion de si el derecho admite la apelacion en aquella causa de que se trata, ó si tiene lugar solamente en el efecto devolutivo, ó si comprende los dos, estan las partes impedidas de usar del que les corresponda, y viene á concluirse en el concepto de los autores citados que el auto de admitir la apelacion, «en cuanto haya lugar en derecho,» es ilusorio, pues nada dice, y se ha de esperar á que se verifique por otro auto posterior declaratorio la conducta que incluye el primero, reducida á si el derecho permite tal apelacion y con qué efectos.

25 Esta inteligencia se desvia mucho de la seguridad y claridad que piden y recomiendan las leyes en todas las sentencias de los jueces, como lo es la de otorgar la apelacion.

26 La *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. dice: «Cierto, é derecho, segund mandan »las leyes de nuestro libro, é catada, é »escodriñada, é sabida la verdad del »fecho, deve ser dado todo juicio, »mayormente aquel que dicen senten»cia difinitiva.» La 14. *del prop. tit. y Part.* añade: «So condicion non deven »los Judgadores dar sus juicios, é si »por aventura los diesen, é la parte »contra quien fuesen dados, se alzase, »por tal razon como esta lo podria re»vocar el Juez del alzada.» Al mismo intento conduce la ley 1. §. 5. *ff. Quando appelland. sit*, ibi: *Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda*, y la *ley* 37. *de Excusation. tutor.*

27 De esta condicion, que se refiere al tiempo pasado, habla la *ley* 12. *tit.* 11. *Part.* 5., y es conforme en su disposicion á la del §. 6. *Institution. de Verbor. obligat.* explicada por Vinnio sobre el *vers. Aut statim infirmant obligationem*: ibi: *Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, necne, cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi, aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit conditionem esse falsam.*

28 Considerando por una parte

que los autores referidos tendrian presentes los perjuicios que sentirian las partes y el público, si aquellas no podian usar libremente de su derecho, continuando la apelacion que fué admitida con la cláusula general, «en cuanto ha lugar en derecho,» y observando por otra la uniforme inteligencia que han dado los tribunales al referido auto con extension á los dos efectos devolutivo y suspensivo, conviene conciliar el dictámen de los autores y sus fundamentos con la práctica de los tribunales, distinguiendo dos casos: uno que admitida la apelacion, «en cuanto ha lugar en derecho,» gobierna lo dispuesto por regla general, entretanto que no se prueba su limitacion; y como en el derecho es cierto, y lo es tambien para las partes, que toda apelacion tiene por la regla indicada los dos efectos, pues con la posibilidad de introducirla en el término de los cinco dias, mucho mas con interponerla, y con mayor razon despues de admitida, se ligan las manos del juez inferior, y extingue su jurisdiccion para los procedimientos sucesivos, viene á quedar aquella apelacion admitida «en cuanto ha lugar en derecho,» en una disposicion positiva sin duda ni condicion alguna: porque si la ley es cierta, y el juez sabe los efectos que da á la causa de que se trata, y es tambien cierta la misma ley para las partes, pues ni aun pueden alegar su ignorancia, es preciso que se estime la apelacion con todo el favor y beneficio posible en utilidad de las partes ó de su natural defensa.

29 Si alguna de las partes reclamase la enunciada apelacion, y acreditase que por la naturaleza y calidad de la causa no debe suspenderse la ejecucion de la sentencia, y se declarase así con audiencia instructiva de los interesados, cederá entonces la regla general y sus efectos á la especial de su limitacion, y retrotrayéndose al tiempo en que se admitió la apelacion «en cuanto habia lugar en derecho,» podrá entenderse que desde entonces salió restringida á solo el efecto devolutivo, y que pendia de su declaracion posterior, pero sin alterar entretanto la regla que siguen los tribunales superiores, mandando en su consecuencia librar provision ó despacho para que se remitan los autos originales por los favorables efectos que se han explicado en los dos casos antecedentes, viniendo á ser todos tres uniformes en sus efectos.

30 Algunas veces se mandan remitir los autos originales, aunque la apelacion se haya admitido solamente en el efecto devolutivo, por ser verdaderamente ejecutiva la causa y su sentencia, con tal que esté ejecutada al tiempo en que sea requerido el juez inferior, ó en el que se le conceda para ello: porque en estos casos, verificado el pago y satisfaccion, ha concluido su oficio el inferior, la parte está reintegrada, y no padece perjuicio alguno; y la que apeló excusa los gastos de la compulsa, minora los del correo ó conduccion en la parte que excede á los originales, como sucede comunmente, y adelanta el tiempo para la expedicion de la instancia, en lo que se interesa tambien la causa pública; y en consideracion á estos tan importantes fines proceden los tribunales superiores por todos los medios posibles para que se logren, conciliándolos con el interes de las partes contrarias, y que no se perjudiquen.

31 Si los autos son de crecido volumen, y la sentencia dada en ellos puede ejecutarse, reservando el juez inferior testimonio ó copia íntegra de ella, por contener cantidad cierta ó restitucion de cosas determinadas sin dependencia de los mismos autos, he visto mandar algunas veces que el juez inferior reserve testimonio íntegro de la sentencia, y de alguna otra parte de los autos que sea necesaria y conducente para la ejecucion, y proceda en ella con estos documentos, remitiendo luego los autos originales.

32 Pero no concurriendo alguna particular circunstancia que excite la equidad á favorecer la parte que apeló sin perjudicar á las otras, se libra en este caso el despacho compulsorio y de emplazamiento, siguiendo el dictámen del juez inferior sin embarazar

el conocimiento que se reservó: porque como no se debe revocar su auto sin que vengan los originales ó por compulsa, tomando de ellos el conocimiento instructivo que corresponde con audiencia de las partes, como se expondrá en lugar oportuno, ha de seguir entretanto el juicio del juez inferior, que consta del testimonio que se presenta.

33 El que apela, de cualquier modo que le sea admitida la apelacion, lleva por único fin enmendar con la sentencia del superior el agravio que concibe haberle hecho el inferior en la suya, mejorando al mismo tiempo las alegaciones y probanzas que hubiese omitido en la primera instancia. Para llegar á este término ha de pasar necesariamente por otros subalternos que sirven de medio, como lo son presentarse ante el juez superior, y acreditar con testimonio que le está admitida la apelacion, y que quiere seguirla. Si estos hechos, que son el principio en que manifiesta la intencion y deseo de continuar la apelacion, pendieran del arbitrio indefinido y absoluto de la parte que apeló, podria usar libremente de una dilacion sin límites hasta su muerte, haciendo ilusoria la sentencia con la duracion de la segunda instancia. Para ocurrir á estos inconvenientes, que traerian el mayor desórden y confusion á la república, se acordaron con razon todas las leyes en que el juez inferior señalase á la parte que apela término competente para seguir su apelacion, y presentarse dentro de él al superior. Este auto ó providencia aparta del inferior el conocimiento y jurisdiccion de la causa, y la traslada al juez superior con dos condiciones, que forman por su esencia una sola: la primera se reduce á que se haya de presentar al juez superior, y la segunda á que lo ejecute dentro del término que le señala; y no verificándose estas dos condiciones, si pasa dicho término antes de presentarse al superior, no tiene efecto la apelacion, y queda firme la sentencia del inferior, debiendo llevarla á efecto en uso de la jurisdiccion que tácitamente reservó para el caso de que la parte no cumpliese con las dos enunciadas condiciones.

34 Pruébanse estas proposiciones de la *ley* 5. *ff. de Condition. institution.* ibi: *Si hæredi plures conditiones conjunctim datæ sint, omnibus parendum est: quia unius loco habentur: si disjunctim sint, cuilibet*: *ley* 9. §. 1. *de Verb. obligat.*: *ley* 129. *eod. tit.*: *ley* 20. §. 6. *ff. de Statuliber.* ibi: *Quod si tempus adjectum fuerit; illud spectabitur*: Rox. *de Incompatibil. disput.* 1. §. 3. *n.* 74.; y Molin. *de Primog. lib.* 3.

35 La apelacion es un beneficio que concede la ley al que se siente agraviado de la sentencia del juez inferior, y no se da contra su voluntad; y así como pende de ella en su principio para introducirla, tiene igual dependencia en su progreso para continuarla. El tiempo de los cinco dias que estan señalados para apelar manifiesta en su curso que las partes no se consideran agraviadas, ni quieren usar de la apelacion, aun cuando lo estuviesen: porque á veces tendrán por mas ventajoso sufrir algun daño en la sentencia que hacer mayores gastos para enmendarlo en la segunda instancia, excusándose tambien de otras muchas incomodidades; y así como se manifiesta la voluntad de no querer apelar en el hecho de dejar pasar el término de los cinco dias, la misma se demuestra tambien cuando la parte deja correr el que le está señalado por el juez ó por la ley para seguirla, y presentarse al superior. Esto procede de aquel seguro principio, que establece por regla los dos medios de explicar su voluntad con palabras ó con hechos, siendo estos aun mas expresivos, libres de corrupcion y soborno: *ley* 32. *ff. de Legib.* ibi: *Nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis, et factis?* Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 9.: Castill. *lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 89.

36 Cuando el que apela no se presenta, ni sigue la apelacion en el término señalado, añade un desprecio á la misma ley y al tribunal superior, como lo indica Alejandro III. en el *cap.* 4. *de Appellation.* ibi: *Ad quam si venire contempserit*; y no merece despues

gozar de otro algun auxilio que solicite, como á otro intento explicó Gregorio IX. en el *cap.* 10. *de Immunitat. Ecclesiar.* ibi: *Et frustra legis auxilium invocet, qui committit in legem*; y el *cap.* 1. *de Appell. in Sext.* ibi: *Justum est equidem, ut in eum jura insurgant, qui jus, et judicem, et partem illudit.*

37 Estas son las razones principales que tuvieron las leyes para declarar que si la parte que apeló no sigue su apelacion, presentándose al juez superior dentro del término que le fué señalado por el inferior ó por la ley, se considera desierta y renunciada, quedando de consiguiente firme y valedera en todos sus efectos la sentencia.

38 La *ley* 23. *tit.* 23. *Part.* 3. «Seguir (dice) deve la parte el alzada, »quando la tomare, al plazo que le pusiere el Judgador. E si por aventura »el Juez non pusiere plazo á que la »siguiese, mandamos que sea tenudo »el que se alzó, de seguir el alzada fasta [illegible] meses; é si en este tiempo non »la siguiere, finque el juicio, de que »se agravió, por firme. Otrosí decimos, »que si la parte que se alzó, no pareciese antel Juez del alzada al plazo »que le fué puesto, ni siguiese el alzada por sí, nin por su Personero, »el juicio de que se alzó vala, é peche »las costas á la otra parte, que pareció »antel Judgador.» La *ley* 24. *del prop. tit. y Part.* confirma esto mismo con aquellas palabras: «O siguiese el alzada despues que fuese pasado el tiempo á que la devia seguir, si la otra »parte fuere presente delante del Judgador del alzada, puede decir contra »él, que non deve ser oido, é dévese »cumplir la sentencia del primero Judgador, é si la parte non estuviese »delante, el Judgador de su oficio puede decir eso mismo, si supiere ciertamente que se alzó en el tiempo que »non deve, ó que queria seguir el alzada despues que es pasado el tiempo »á que la devia seguir, el Judgador non »lo deve oir.» Lo mismo dispone la *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.)

39 No hay diferencia alguna entre el término que señala la ley para apelar, ó el que se pone por el juez, y en su defecto por la ley para presentarse, y seguir su apelacion ante el juez superior: porque en los dos casos obra el mismo efecto de permitir el uso de su derecho dentro del término, y prohibirlo fuera de él, quedando el juez sin arbitrio para relajar los efectos de estas disposiciones; pues proceden de las mismas leyes, que son superiores á los hombres.

40 Este antecedente es un presupuesto que forma regla segura en todos los artículos que tienen tiempo limitado por la ley; pues en la 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Rec.* (Ley 1. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) se concede el de ochenta dias para hacer probanzas, y pasados no pueden ejecutarlas; y en la 34. *tit.* 16. *Part.* 3. se dispone mas expresamente que si los plazos para probar fuesen pasados, no se deben despues recibir testigos; «salvo ende »carta, ó instrumento. Ca esto bien ge»lo puede recebir ante de las razones »cerradas», confirmándose con esta excepcion la regla indicada. En la *ley* 9. *tit.* 7. *lib.* 5. (Ley 2. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Recop.) se señalan asimismo seis meses contados desde la muerte del tenedor del mayorazgo, y posesion tomada por alguno que pretenda suceder en él, para usar en el Consejo del remedio de la tenuta, que nace de la ley de Toro; y pasado este tiempo no es admitido, aunque intente la restitucion *in integrum*; y la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.) permite decir de nulidad de las sentencias, haciéndolo dentro de sesenta dias, y dispone que no sean oidos despues.

41 El retracto que conceden las *leyes* 7. *y* 8. *con otras del tit.* 11. *lib.* 5. *de la Rec.*, (Leyes 1. y 2. tit. 13. lib. 10. de la Nov. Recop.) está limitado á nueve dias, y despues de ellos no se admite ni aun por el remedio de la restitucion. El remedio de la lesion en las ventas y contratos debe proponerse dentro de los cuatro años contados desde el dia en que fueron hechos los contratos; y pasados no se admite, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 11.

*lib.* 5. *ibi*: (Ley 2. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.) «Del dia que fueren he»chos fasta en cuatro años, y no »despues.»

42 La razon de todos los ejemplares indicados es una misma, y ha de producir necesariamente igual efecto, y consiste en que dejando la parte correr el término que le concede la ley para usar de su accion, se presume que la renuncia, y queda desde aquel punto extinguida sin que le sea lícito reclamarla, habiendo abusado con desprecio del beneficio de las mismas leyes.

43 De estos antecedentes calificados sobre principios sólidos de derecho, se concluye para el artículo de que se trata en este capítulo, que no cumpliendo la parte con presentarse y seguir su apelacion ante el superior en el término que á este fin le señaló el juez inferior, ó en su defecto en el de la ley, queda enteramente extinguida la facultad y accion de ejecutarlo pasado dicho término, y constando de este hecho al juez, aunque no haya excepcion ni contradiccion de la parte contraria, puede y debe estimar la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y proceder á su ejecucion sin riesgo de injusticia ni atentado.

44 La audiencia instructiva y sumaria, que precede por estilo y práctica de los tribunales á la declaracion y ejecucion de la cosa juzgada, se dirige únicamente á examinar y probar el hecho de ser pasado el referido término, y no haber usado dentro de él de la apelacion por voluntad y consentimiento de la parte interesada, sin que haya estado legítimamente impedida, que es la excepcion que admite la regla, y por ella se confirma mas.

45 Como los enunciados términos llevan un fin de interes público, y extinguen en el momento que son pasados toda la accion y facultad de la parte, no puede revivir por consentimiento de las otras, ni perjudicar al interes de la causa pública en que los juicios tengan expedito su curso, y mas pronto el fin que se desea.

46 Este es el resumen de lo que disponen las leyes, y de las razones en que se fundan, sin entrar en la prolija extension con que la tratan muchos autores, haciendo tan difusas alegaciones sobre este artículo que sin añadir cosa esencial producen una confusion inexplicable. La *ley* 23. *tit.* 23. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: «Seguir deve la parte el alza»da, quando la tomare, al plazo que »le pusiere el Judgador.» Este es un precepto positivo que obliga á su cumplimiento. Lo mismo dispone acerca del término que señala la ley, cuando no lo hace el juzgador; y despues dice: «E »si en este tiempo non la siguiere, »finque el juicio, de que se agravió, »por firme.»

47 Esta disposicion es relativa á los dos casos anteriores, y los comprende en una misma determinacion por la regla que con muchas autoridades indica Salgad. *de Supplicat. part.* 2. *cap.* 30. §. 1. *n.* 9. ibi: *Quia una determinatio respiciens plura determinabilia, debet ea pariformiter determinare*; y diciendo la ley que finque el juicio por firme sin exigir otra circunstancia que la de ser pasado el plazo, hace evidente demostracion de que en este solo hecho recibe el juicio toda la firmeza y autoridad de cosa juzgada.

48 La *ley* 24. *del prop. tit. y Part.* trata específicamente de los dos tiempos, uno en que debia alzarse, y otro el señalado para seguirla. De estos dos términos dispone dicha ley con entera uniformidad, que es otra prueba de lo que se ha expuesto sobre ella anteriormente; pues en su principio une los dos tiempos en la forma siguiente: «En »el tiempo de los plazos, que los omes »han para alzarse, é para seguir sus »alzadas, tambien deven y ser conta»dos los dias feriados, como los otros.» Esta es su primera disposicion uniforme á los dos plazos referidos.

49 Continúa la ley poniendo otros dos casos diferentes, y son: «Si algu»no se alzase en tiempo que non lo »devia fazer, ó siguiese el alzada des»pues que fuese pasado el tiempo á »que la devia seguir.» En la resolucion de la ley á estos dos casos dispone con la misma uniformidad lo siguiente: «Si »la otra parte fuere presente delante del

»Judgador del alzada, puede decir contra él, que non deve ser oido, é dévese cumplir la sentencia del primero »Judgador.» Dos observaciones conviene hacer en la primera parte de esta disposicion: una que determina con uniformidad los dos casos referidos, y otra que con solo indicar ó decir la una parte que el contrario no debe ser oido, se debe cumplir la sentencia del primer juzgador; demostrándose en esto que aquella sentencia tomaba la autoridad de cosa juzgada con el curso del tiempo para apelar y para seguir la apelacion, tratándose despues únicamente del cumplimiento de esta sentencia, que es lo que corresponde á la parte que tiene accion efectiva y ejecutiva en fuerza de un instrumento público, como lo es la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

50 Continúa la citada ley en su resolucion diciendo que «si la parte »non estuviese delante, el Judgador de »su oficio puede decir eso mismo;» esto es, que no debe ser oido el que se alzó en tiempo que no lo debia hacer, ó queria seguir la alzada despues que fué pasado el tiempo á que la debia seguir, debiéndose cumplir con solo este oficio del juez la sentencia del primer juzgador.

51 ¿Qué prueba mas clara de que los que intentan apelar, ó seguir la apelacion fuera de los tiempos señalados, tienen enteramente extinguida toda su accion y facultad para suspender los efectos de la sentencia dada, y para reponer los que ella ha tomado y producido desde el punto en que son pasados dichos plazos? Por este notorio defecto de accion y derecho, y por el supuesto de haber pasado la sentencia en autoridad de cosa juzgada, permite la ley que el juez no oiga á las partes que vienen despues de aquellos plazos.

52 En la tercera de las partes en que está distribuida la resolucion de la citada *ley* 24., se demuestra aun mas abiertamente la verdad de estas proposiciones; pues con respecto al juzgador dice que «si supiere ciertamente, que se alzó en el tiempo que »non deve, ó que queria seguir el alzada despues que es pasado el tiempo »á que la devia seguir, el Judgador »non lo deve oir.»

53 En la segunda parte que ya se ha referido, parecia que dejaba al arbitrio del juzgador repeler de oficio la intencion de la parte que apelaba, ó queria seguir la apelacion fuera de los respectivos plazos señalados, pues se explica con la palabra «puede decir;» pero en esta tercera se impone positiva obligacion de que «el Judgador non »lo deve oir.»

54 Concluye la ley con una excepcion de la regla insinuada, y se reduce á que haya pasado el tiempo en que el apelante debia seguir la alzada, porque el juzgador no pudiese, ó no quisiese oirle; que es decir, que al impedido no le corre el tiempo, de manera que bien reflexionada no es limitacion de la regla sino declaracion del hecho precedente en que se funda, viniendo por este medio á confirmarla, pues dice que si está dentro del plazo, porque como á impedido no le ha corrido, puede interponer la apelacion ó seguirla.

55 La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) dispone que de la sentencia que diere el juez, «aquel que se tuviere por agra»viado, pueda apelar hasta cinco dias, »desde el dia que fuere dada la sen»tencia, ó rescibió el agravio, y vinie»re á su noticia; y si así no lo ficiere, »que dende en adelante la sentencia, ó »mandamiento quede firme.»

56 La *ley* 2. *del propio tit. y lib.* (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) habla de los plazos señalados para seguir la alzada, y previene que pasados sin haberse presentado la parte ante el juez de las alzadas, quede firme la sentencia, y no sea oido. Los *cap.* 4. *y* 5. *ext. de Appellat.* confirman la enunciada disposicion, concluyéndose por todas las referidas que solo el tiempo señalado para interponer la apelacion ó seguirla tiene el efecto de interpelar á la parte, y constituirla en morosidad y contumacia; y procede tambien el de probar y manifestar que no quiere usar del beneficio de la apelacion en su ingreso ni en su continua-

cion; y que se conforma con la sentencia, y consiente que se ejecute por no considerarse agraviado en ella.

57 Todas estas son consecuencias necesarias de la omision ó inaccion en el uso de la apelacion ó en su progreso, y no hay que esperar otras insinuaciones ni audiencias sobre unos hechos que aparecen como notorios de los mismos autos. La declaracion que piden las partes, y manda hacer el juez por estilo y práctica de los tribunales de ser pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada, hace otra prueba mas relevante de que la sentencia tenia en sí misma todo el valor y efectos de la cosa juzgada por haberlos recibido desde el punto en que pasó el tiempo de apelar, ó de seguir la apelacion; pues sin esta precedente autoridad no habia término para declararla.

58 Puede tambien el juez proceder á la ejecucion de la sentencia por el conocimiento de haber pasado en autoridad de cosa juzgada sin hacer esta prévia y efectiva declaracion; pues le basta estar instruido y asegurado en el órden de su entendimiento de que la sentencia ha recibido la fuerza de cosa juzgada por el consentimiento de las partes que no apelaron, ó no siguieron la apelacion, reduciendo el pronunciamiento á mandar sobre aquel supuesto que se guarde y cumpla la sentencia, y se lleve á debida ejecucion.

59 Esta doctrina, que es de Scacia en su tratado *de Appellationib. q.* 11. *art.* 5. *nn.* 148. *y* 149. y en el *art.* 7. *n.* 167., puede fundarse en mas sólidos principios, y demostrarse con ejemplos de mas estrechas y apuradas circunstancias: uno de ellos se presenta en el recurso de fuerza de no otorgar; pues debiendo el tribunal real, para declarar si la hace ó no el juez eclesiástico, tomar conocimiento, y asegurarse bien por los hechos del mismo proceso original, obrando ante el juez eclesiástico, de la naturaleza y calidad de la causa, formando cabal juicio de si la apelacion era legítima y debia admitirse, ó de si procedió justamente el eclesiástico repeliéndola, suprime todos estos pronunciamientos reduciéndolos á declarar si hace ó no fuerza, y alzándola, mandar que otorgue la apelacion y reponga lo que despues de ella hubiere hecho.

60 Esto es lo que literalmente se dispone en la *ley* 36. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Rec. ibi* (Ley 2. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.): «Y si el Juez eclesiástico no »la otorgare, manden traer á las di»chas nuestras Audiencias el proceso »eclesiastico originalmente, el qual »traido, sin dilacion lo vean; y si por »él les constare que la apelacion está »legítimamente interpuesta, alzando la »fuerza, provean que el tal Juez la »otorgue, porque las partes puedan »seguir su justicia ante quien, y como »devan, y reponga lo que despues de »ella uviere hecho.»

61 Ello es cierto que para llegar al juicio que deben formar los tribunales reales, de que la apelacion es legítima, y de que contiene violencia su denegacion, es necesario examinar algunas dudas de derecho, y decidirlas por los cánones y las leyes en el dictámen de los jueces reales; y por tanto parecia que tomaban parte en el conocimiento de la justicia del auto dado por el juez eclesiástico. Pero ocurriendo á este reparo que indicaban algunos autores, los satisface cumplidamente Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prœlud.* 5. *à n.* 211. y en el *cap.* 2. *à n.* 132.; y con mayor claridad se explica en este punto Pereyra *de Manu reg. cap.* 4. *n.* 8., asegurando los dos que el exámen y conocimiento de la naturaleza y justicia del auto del eclesiástico no viene en la decision, ni causa derecho con respecto á las partes que litigan, sirviendo solamente al tribunal real de un supuesto instructivo, con que procede á declarar con seguridad la fuerza, que es el objeto de aquel recurso.

62 En resúmen viene á decir el tribunal real que declara la fuerza del eclesiástico, porque la apelacion que habia denegado era legítima, y debió admitirla; y como no es necesario ni conveniente expresar las causas y motivos en que se funde el auto y sentencia, quedando reservadas en el dictámen y juicio de los jueces, pueden omitirlas y proceder derechamente

á pronunciar y determinar lo que por consecuencia de aquellos antecedentes estimaren justo.

63 La excepcion ó artículo del juicio sumario de la manutencion de posesion suspende los plenarios posesorios y de propiedad, y forma un órden legal para que se declare primero el sumarísimo, cuya interrupcion produciria notoria injustia conforme á la doctrina de Posth. *de Manuten. observat.* 7. con otros muchos que refiere; y procediendo el juez con algunos actos que correspondan á los juicios plenarios, se entiende despreciado el sumarísimo con igual efecto que si hubiera declarado expresamente no haber lugar á él: porque es un supuesto necesario en que se funda lo dispositivo de la providencia.

64 Las sentencias, que han recibido la fuerza y autoridad de cosa juzgada, son ejecutivas, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. (Ley 3. título 28. lib. 11. de la Nov. Recop.), así como lo son las escrituras públicas de que hablan tambien la misma ley y la siguiente; y teniendo alguna de las partes á su favor la sentencia de que no se apeló en tiempo, ó no se siguió en los plazos señalados, la considera con positiva naturaleza ejecutiva, y usa de ella para este fin del mismo modo que lo hace de un instrumento público, que contiene expresa obligacion á su favor. En virtud de este instrumento manda el juez despachar la ejecucion, porque le considera con este efecto, sin que sea necesario declarar préviamente que es ejecutivo, pues lo supone el mandamiento de ejecucion; y del mismo modo puede proceder con vista de la sentencia que tiene en los autos con autoridad de cosa juzgada, por habérsela dado el curso del tiempo dentro del cual ó no apeló, ó no siguió la apelacion; viniendo en fuerza de todo á concluirse que la providencia del juez tanto influye en lo dispositivo que expresa, como en el supuesto en que se funda, segun la doctrina de Salgado con otros que refiere *part.* 2. *de Reg. cap.* 16. *n.* 73.

65 La sentencia que en esta parte se ha fundado es en todo conforme á derecho; esto es, que la dada por el juez, si no se apeló en tiempo de ella, ó no se siguió en los plazos señalados, recibe toda la fuerza de cosa juzgada con solo el curso del tiempo, y que sin hacer esta prévia declaracion puede el juez mandarla ejecutar sin preceder audiencia de las partes; pues cuando la que apeló, ó pudo apelar, quiera proponer la excepcion de haber estado legítimamente impedida para no poder apelar, ó seguir su apelacion, ó quiera usar del auxilio de la restitucion *in integrum* para reponerse en el tiempo en que pudo y debió hacerlo, no se la priva usar de estas excepciones, aunque se haya mandado ejecutar la sentencia, pues si las probare, se repone todo lo obrado por el juez, dejando expedito el derecho de las partes para interponer la apelacion ó seguirla.

66 Pero como es mas conveniente y decoroso no exponer las providencias judiciales á que se repongan y deshagan, cuando esto se puede precaver, oyendo breve y sumariamente á la parte que apeló, á fin de que proponga si estuvo impedida para seguir la apelacion, ó para no interponerla en tiempo, usan comunmente los tribunales de este medio; y aun cuando se pretenda en alguno de los casos referidos que el juez declare la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y la mande llevar á pura y debida ejecucion, se confiere traslado á la otra parte por el término ordinario; y si dentro de él no expusiese, ni justificase causa legítima que impidiese el curso del tiempo de la apelacion ó su seguimiento, procede el juez con este mayor y mas seguro conocimiento á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la manda guardar, cumplir y ejecutar en todas las partes que contiene.

67 Con esta explicacion se entienden bien, y pueden tener lugar las dos sentencias opuestas que forman los autores en este artículo: una es de Salgado con otros que refiere en la *part.* 3. *de Reg. cap.* 18. *n.* 73., en donde dice que para declarar por desierta la apelacion, debe preceder audiencia

y conocimiento sumario con citacion de las partes, á fin que expongan las causas legítimas que tengan para que no se considere desierta la apelacion, ni se proceda de consiguiente á la ejecucion de la sentencia, recayendo sobre este juicio instructivo y sumario el auto del juez en que mande ejecutarla, sin que entonces sea necesario declararla por pasada en autoridad de cosa juzgada, porque esto se incluye en el mismo auto como un supuesto necesario.

68 Lancelot., *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. *n.* 38. *y siguiente*, es de contraria opinion, estimando que para declarar desierta la apelacion, y ejecutar la sentencia, no es necesaria citacion y audiencia de las partes, y afirma tambien que se puede omitir la declaracion de estar desierta la apelacion, mandando derechamente ejecutar la sentencia; á cuyo propósito refiere muchos autores en confirmacion de su opinion.

69 De este auto por el cual se manda ejecutar la sentencia, ya se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, ya se suponga segun los casos referidos, no se admite apelacion, como lo funda Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 18. *n.* 86., refiriendo las disposiciones y autores que confirman la misma opinion sin embargo de la contraria, que admitieron otros que cita en el mismo lugar *num.* 85.

70 Una de las cosas que mas conviene examinar antes de proponer alguna instancia, es el juez ante quien se ha de introducir para no exponerse á que por falta de jurisdiccion caigan en nulidad sus procedimientos, haciéndose ilusorios con gran daño de las mismas partes y del público. Con este fin han tratado sériamente los autores del juez que puede declarar la apelacion por desierta, y mandar ejecutar la sentencia por la autoridad de cosa juzgada que recibe; cuyo punto ventilaron Salgado *de Reg. part.* 3. *capítulo* 18. *num.* 69.: Scacia *de Appellat. q.* 11. *art.* 5.: Parlador. *Rer. quotidianar. part.* 1. *lib.* 2. *cap. ult. num.* 6.: Aceved. *in leg.* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *n.* 40.; y Pareja *de Instrum. edition. titulo* 3. *resol.* 2. *n.* 79.

71 Todos estos autores proceden distinguiendo los casos en que puede tener lugar la ejecucion de la sentencia por la desercion de la apelacion; y para que se entiendan con mayor claridad, habida consideracion al estilo y práctica de los tribunales, sin perder de vista los principios que se han expuesto en este capítulo, se establecen ciertas reglas que se explicarán ahora.

72 En el caso que no se haya apelado de la sentencia dentro de los cinco dias señalados por la ley, el juez que la dió la manda ejecutar, instruyéndose por los mismos autos, que estan en su mano, del tiempo en que fué dada y notificada la sentencia, y de ser pasado el de los cinco dias sin haber interpuesto apelacion; observándose para tomar esta providencia lo que se ha advertido por regla general; esto es, que comunique traslado á las partes del escrito en que se pretenda la ejecucion de la sentencia por no haberse apelado en tiempo, oyendo breve y sumariamente las causas de legítimo impedimento, ú otras justas con que se intente persuadir no ser pasado, siguiendo en esto la práctica y estilo de los tribunales; pero si el juez mandase sin este prévio juicio llevar á efecto su sentencia, quedará reservada á las otras partes la facultad de proponer las excepciones que impidan su ejecucion en la forma que anteriormente se ha referido.

73 Si la apelacion se interpusiese en tiempo y forma, y admitida se diese á la parte el testimonio correspondiente para presentarse y seguirla ante el juez superior, forma el segundo tiempo, que es el que á este fin le señala el juez de la primera instancia, ó el que prescribe la citada *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.); y si la parte fuese tan omisa que no cumpliese con esta condicion en el referido término, indica que se ha retraido de la apelacion, y que no quiere seguirla; y á fin de evitar el perjuicio que causaria con esta dilacion á la parte que interesa en la ejecucion de la sentencia, puede esta usar de su accion pidiendo al juez inferior que declare la

apelacion por desierta, y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandándola llevar á efecto y ejecucion; y constando á dicho juez que la parte que apeló no habia seguido la apelacion en el término señalado, presentándose con el testimonio ante el juez superior, tiene expedita su jurisdiccion para ejecutar su sentencia, que estaba como suspendida y pendiente de aquella condicion simultánea de presentarse al superior en el término señalado, cuyo transcurso hacia ya imposible su cumplimiento, y por tanto quedaba purificada la sentencia en todo su efecto.

74 Pero como estos hechos no podian resultar tan notoriamente de los autos obrados ante el juez inferior, debe estarse con mayor necesidad á la práctica de oir á la parte apelante para que en tiempo conveniente exponga breve y sumariamente si se presentó como debia al juez superior, y caso que no lo hiciese si fué por algun justo impedimento, de manera que conserve la intencion y deseo de continuar su apelacion, y acredite que no la ha renunciado, ni despreciado este beneficio y auxilio de la ley; pues así faltará el supuesto sobre que se procede á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y á mandarla ejecutar.

75 El que interpone apelacion en el tiempo señalado da principio cierto al agravio que concibe en la sentencia, y manifiesta el fin de quererlo enmendar por medio de la apelacion; y como no se presuma que mude de voluntad, es necesario para convencerla que la parte que se funda en ella la acredite plenamente, uniendo al hecho de ser pasado el tiempo el de no haberse presentado dentro de él al juez superior; y esta es otra causa que pide la audiencia de la parte que apeló, para proceder con este conocimiento en el juicio sumarísimo instructivo á declarar por desierta la apelacion, y la sentencia con autoridad de cosa juzgada, mandándola ejecutar en todo lo que contiene.

76 Si por este juicio instructivo resultase que usó de la apelacion presentándose con el testimonio de ella al juez superior, ya lo hiciese en el término señalado por el inferior ó por la ley, queda sin jurisdiccion el juez que dió la sentencia, y no puede declarar por desierta la apelacion, sino que corresponde al superior el conocimiento de este artículo y su determinacion.

77 Verificada la presentacion con el testimonio en el tribunal superior, y librada la provision ordinaria para emplazar las partes, y que se remitan los autos originales en el término que señala el juez superior, continúa la suspension de la sentencia, y podria la parte que apeló aprovecharse de su dilacion y malicia, no cumpliendo en el término señalado con hacer emplazar á las partes, y solicitar que el escribano remita los autos originales, que son los dos extremos de la provision; y este es el tercer tiempo en que la parte que apeló indica con su inaccion y morosidad que quiere apartarse de la apelacion, y que usó de ella con malicia en perjuicio de la parte favorecida en la sentencia. Para ocurrir á estos daños puede la parte apelada solicitar ante el juez superior que atendidas estas circunstancias declare por desierta la apelacion, para que en su consecuencia pueda el juez inferior llevarla á su debida ejecucion.

78 En este caso procede la regla que se ha insinuado antecedentemente de comunicar traslado á la parte apelante para que exponga y acredite si el no haber cumplido con la presentacion del proceso y emplazamiento de las otras partes en el término señalado procede de algun impedimento que no ha podido remover, ó de su punible morosidad y malicia; y con este exámen instructivo se declara segun las circunstancias ocurridas si tiene lugar la desercion de la apelacion, ó conserva el tiempo en que puede cumplir con la remision del proceso y emplazamiento de las partes.

79 Algunas veces señalan los jueces superiores en el caso referido nuevo término para que dentro de él cumpla la parte que apeló con la presentacion del proceso y emplazamiento, apercibiéndola que en su defecto se

declarará por desierta la apelacion.

80 Este es un medio equivalente al primero; pues si en este nuevo término manifestase la parte que no la ha corrido el anterior por estar legítimamente impedida, no tiene lugar la desercion de la apelacion; pero si dejase pasar dicho nuevo término sin cumplir con la presentacion del proceso y emplazamiento, ni proponer ó probar algun justo impedimento, manifiesta con este hecho que no quiere seguir la apelacion, y deja expedita la sentencia á favor de la otra parte, como si desde el principio no la hubiera interpuesto, y entonces ha de declararse la apelacion por desierta, y darse testimonio de esta providencia á la parte apelada para que use de él ante el juez inferior y solicite la ejecucion de su sentencia.

81 Traidos los autos originales ó por compulsa segun la calidad de la apelacion, y presentados al juez que ha de conocer de ella con la citacion y emplazamiento de las partes que litigan, queda desde entonces mas suspendida la jurisdiccion del juez inferior, y del todo inhibido con la remision de los autos originales para proceder á la ejecucion de su sentencia, la cual continuaria pendiente y sin efecto al arbitrio del que se interesaba en su dilacion, si no se proveyese de oportuno remedio para evitar el daño de la parte á cuyo favor está dada, y asimismo el que resultaria á la causa pública.

82 Por estas consideraciones se acordaron las leyes y los cánones en señalar el término de un año para seguir y acabar la instancia de apelacion ante el superior. La *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 5. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) dice lo siguiente: «Alzándose »alguno de la sentencia, que fuere da»da contra él, sea tenudo de la seguir, »y acabar por manera que sea librado »el pleyto dende el dia que se alzare de »la sentencia hasta un año; y si no lo »hiciere, que finque la sentencia firme, »y valedera.»

83 Esta ley se trasladó de la 3. *título* 16. *lib.* 3. *del Ordenamiento Real.* En las *Partidas* no he hallado ley alguna que disponga de este caso, ni haga memoria de este cuarto plazo para acabar la instancia de apelacion, lo que tal vez procederia de que siendo la enunciada ley del *Ordenamiento* publicada al mismo tiempo y en el propio año que lo fueron las de *Partida* por el Señor Rey D. Alonso, pareceria superfluo á este sábio legislador repetirla en el cuerpo de éstas.

84 La *ley* 5. §. 2. *Cod. de Temporib. et reparationib. appellat.*, la *Autént. Ei qui appellat*, *del propio título*, el *cap.* 5. *ext. de Appellat.* y la *Clement.* 3. *eod. tit.* convienen con el señalamiento del año para acabar la instancia de la apelacion, y en esto no puede suscitarse duda alguna racional por los autores, pues todos siguen con uniformidad estas disposiciones en su letra y en su espíritu, como se observa en los que refiere Gonz. al *cap.* 5. *de Appellation.*: Aceved. *á la citada ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *versic. Hasta un año*: Diego Perez *en la del Ordenamiento versic. Fasta un año*; y Menchaca *de Succession. creat. lib.* 1. §. 7. *n.* 40. *vers. Stat ergo.*

85 Este año corre y se cuenta desde el dia en que se apeló de la sentencia, y dentro de él se han de hacer todas las prévias diligencias que se han referido hasta llevar los autos al tribunal del juez superior citadas las partes, y acabar con su audiencia aquella instancia, como se expresa literalmente en la citada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi* (Ley 5. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.): «Den»de el dia que se alzare de la sentencia »hasta un año:» *ley* 3. *tit.* 16. *lib.* 3. *del Ordenamiento*: *aut.* 6. *tit.* 14. *lib.* 2. *ibi*: «Y presentados dentro de un año, con»tado desde el dia, que uviesen apela»do, sigan las causas, y alegen agravios »de las sentencias dadas contra ellos, y »las hagan poner en poder del Fiscal, »para que los pleytos se fenezcan::::: »con apercibimiento, que no lo cum»pliendo pasado el año, se embiará á »executar, y cobrar de ellos las conde»naciones:» *Clement.* 3. *de Appellation.* ibi: *Sicut appellationem judicialem, sic et extrajudicialem intra annum, à die interpositionis ipsius, vel à die illati gravaminis, ubi à futuro gravamine appellatur, prosequi, et finire tenetur appellans.*

86 Confírmase esta sentencia por lo

dispuesto en la *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 8. tít. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) la cual señala el término de treinta dias para que en las causas de menor cuantía la parte, que se agraviare de la sentencia, siga su apelacion «ante el Con»cejo, Justicia y Oficiales de la Ciudad »de la jurisdiccion, donde el Juez dió »la sentencia, en los Lugares y partes, »dó las apelaciones acostumbran ir al »Regimiento;» y estos treinta dias dice la ley que corren desde el dia en que se puede apelar y presentar.

87 El santo Concilio de Trento en el *cap.* 20. *ses.* 24. *de Reformat.* dispone entre otras cosas que los jueces ordinarios, que deben conocer de las causas en primera instancia, las acaben dentro de dos años contados desde el dia de la demanda: ibi: *Infra biennium à die motæ litis terminentur*; conviniendo todas las referidas disposiciones en que el principio del término, que se concede para seguir y acabar las instancias, se toma del mismo dia en que éstas se empiezan.

88 No estan tan expresivas las leyes y los cánones en el fin del referido término, y así puede dudarse con fundamento si ha de ser la conclusion ó sentencia de manera que cumpla la parte que apeló con poner la causa dentro del año conclusa, y en estado de que el juez pueda dar sentencia, sin que perjudique su retardacion al derecho de las partes, ni se entienda desierta la apelacion, ni pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada; ó si es necesario que se acabe la instancia de apelacion con la sentencia difinitiva dentro del año, ó en su defecto se entienda desierta la apelacion, y la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada.

89 Las leyes señalan términos á los que litigan para ocurrir á que por su malicia ó negligencia se dilaten los pleitos en gran daño de las partes y de la causa pública. La parte que apela llena todos sus oficios presentándose con el proceso ante el juez superior, y expresando los agravios que contiene la sentencia del inferior para que la enmiende y mejore, si los hallare probados en la causa, ó los probare en la segunda instancia. Estas son las partes y pretensiones que explica la que apeló con vista de los autos en su primer escrito; y cuando concluye viene á decir al juez que ha cerrado todas sus razones y defensas, y que le estimula y requiere á que cumpla con su oficio acabando el pleito con su sentencia en el término y del modo que mandan las leyes. Los que solicitan con tanta diligencia poner fin al pleito, hacen obsequio á la ley siguiendo la letra y el espíritu de sus disposiciones, que en todo se dirigen á la brevedad.

90 El referido término de un año comprende las partes que estan señaladas, desde el punto de la apelacion, para presentarse con su testimonio al superior, y para llevar á su tribunal los autos. En estos dos tiempos ni hay malicia ni motivo de considerar desierta la apelacion, cuando la parte que apeló cumple exactamente en el tiempo oportuno con los fines para que se concede, y es consiguiente que se estime del mismo modo en la tercera parte que completa el término señalado á la que apela para que exponga y justifique su derecho.

91 En lo antiguo solo disponian las leyes lo conveniente al tiempo, dentro del cual podia y debia apelarse, y presentarse con el proceso ante el juez superior. En este punto descansaban las leyes, y en el mismo lograba la parte suspender la ejecucion de la sentencia, y aprovecharse de su dilacion y malicia: porque el juez inferior no tenia jurisdiccion para ejecutarla, y quedaba inhibido con la remision de los autos al superior; y éste no procedia en su instancia cuando la desamparaba la parte que apeló, y la embarazaba con su ausencia y ocultacion.

92 Para este caso no habian tomado las leyes providencia positiva en que declarasen por desierta la apelacion y por firme la sentencia. Así lo refiere la *Nov.* 49. *en su principio*: *De his qui ingrediuntur ad appellationem*; y al mismo tiempo asegura que para corregir la malicia referida se habia determinado, segun consta de la *ley última* §. 4. *Cod. de Temporib. appellat.*;

que si dentro de un año no acabase el juicio y causa, careciese de la apelacion, quedando firme la sentencia que contra él se habia dado, y llevándola á debido efecto, como si desde el principio no se hubiera apelado.

93 Por estas disposiciones se manifiesta que el señalamiento del año se dirigió precisamente á contener y corregir los perniciosos fraudes de que usaban los que apelaban, abandonando la instancia luego que con la remision del proceso al juez superior estaban seguros de no poder ejecutarse la sentencia que contra ellos se habia dado; y así no puede extenderse aquella disposicion á los que con diligencia continúan su apelacion y manifiestan el deseo de que se acabe la instancia con la sentencia del juez, concluyendo á este fin, que es cuanto estaba de su parte; y si tuviese el mismo efecto con el que abandona la instancia de apelacion, y el que la continúa con actividad hasta su conclusion, seria disonante la ley, y se extenderia con violencia á un caso muy diverso en todas sus circunstancias del que la motivó.

94 En la *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Rec.* (Ley 8. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) se dispone que las causas de cierta cuantía vayan por apelacion al concejo, habiendo costumbre, y que el juez que dió la sentencia, con los dos diputados que nombre el concejo, las determinen; y sobre este supuesto ordena, «que ante ellos el apelante sea tenudo de concluir el pleyto, »y ante el mismo Escrivano, dentro de »treinta dias dende el dia, que pasare »el quinto dia, en que se pudo apelar, y presentar; y despues dentro de »otros diez dias primeros siguientes, »los dichos tres Alcaldes diputados, ó »los dos de ellos, si los tres no se con»formaren, den, y pronuncien senten»cia en el dicho pleyto.»

95 Los treinta dias de que habla la citada *ley* 7. y 8. y el año de que se trata en las que tambien se han referido, tienen el mismo objeto respecto del apelante, acomodándose el mas ó el menos tiempo al que consideran suficiente para acabar las diligencias que son de su encargo; y reduciéndose las que se imponen en la citada *ley* 7. y 8. á «que el apelante sea tenudo de con»cluir el pleyto,» parece debe ser lo mismo en el que sigue la apelacion en otro tribunal con el señalamiento de un año.

96 La distribucion con que procede la enunciada *ley* 7. en el señalamiento de los dos términos, uno de treinta dias para que el apelante concluya el pleito, y otro de diez para que los jueces den y pronuncien sentencia, forman otro argumento muy poderoso en la indepencia de los dos enunciados cargos.

97 Si los jueces no cumplen con su deber en el plazo que les señala la ley, responderán de su morosidad y culpa; y no seria justo que ésta se imputase á la parte que apeló, debiendo ceñirse á sus autores; ni el hecho de los jueces haria que caducase el derecho de las partes que habian cumplido exactamente con las diligencias de su cargo.

98 Cuando no interponen la apelacion en el término de los cinco dias, ó no la siguen en los dos plazos sucesivos de presentarse al juez superior, y llevar los autos á su tribunal, se deduce de esta omision el ánimo de apartarse de la apelacion y renunciar el derecho de continuarla; y esta positiva presuncion motiva principalmente la declaracion de estar desierta. ¿Pues cómo podrá inducirse la misma consecuencia de la diligencia y actividad que ponen las partes en continuar la apelacion por todos sus trámites hasta concluir la causa y ponerla en manos del juez para que la determine?

99 Los términos que las leyes señalan para el órden, curso y determinacion de las primeras instancias, llevan el mismo fin de la brevedad, precaviendo y atajando las dilaciones que con malicia promueven las partes. La *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 16. libro 11. de la Nov. Recop.) señala dos plazos al juez para dar sentencia, uno de seis dias en las interlocutorias, y otro de veinte en las difinitivas, que empiezan á correr desde que fueren las razones cerradas en el pleito; y

aquí se observa otra distribucion de plazos entre las partes hasta cerrar las razones y concluir en la causa, que es lo mismo, y el juez para dar la sentencia; y así como la morosidad ó malicia de las partes en dilatar y no concluir el pleito no perjudica al juez por no haber llegado el tiempo de su obligacion, del mismo modo se arguye que la morosidad de los jueces no puede causar perjuicio á las partes que con anticipacion llenaron sus oficios, concluyendo sus razones y defensas.

100 En la citada *ley* 7. se presenta otra demostracion del pensamiento insinuado en aquellas palabras: «Y si la »parte, que se sintiere agraviada, no »hiciere sus diligencias, por manera »que dentro de los dichos diez dias »se pueda ver, y determinar el pleyto: »mandamos que dende adelante la »sentencia quede firme, y pasada en »cosa juzgada.»

101 Si la desercion de la apelacion, que es el supuesto sobre que procede la cosa juzgada, se fija al caso en que la parte que apeló no hace las diligencias para que el pleito esté concluso antes de los diez dias en que los jueces deben dar su sentencia; por el contrario cumpliendo con lo que dispone la ley de concluir la causa antes de los diez dias, no se entenderá desierta la apelacion, ni la sentencia pasada en cosa juzgada, aunque los jueces no den su sentencia en los diez dias señalados.

102 La enunciada *ley* 11. *tit*. 18. *lib*. 4. (Ley 5. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.), que es la capital de esta materia, dice á su final lo siguiente: «Y »si por culpa del Juez fincare de lo li»brar, pague las costas, y daños á »las partes.» En esto se prueba que la omision del juez no perjudica á las partes, ni hace que la apelacion quede desierta y la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada.

103 La opinion contraria reducida á que la parte que apela debe acabar el juicio con la sentencia del juez dentro del año que señalan las leyes para estas instancias, sin que le baste seguirlas hasta la conclusion, parece mas probable y fundada: porque la citada *ley* 11. *tit*. 18. *lib*. 4. (Ley 5. título 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) dispone literalmente que «alzándose alguno »de la sentencia que fuere dada contra »él, sea tenudo de la seguir, y acabar, »por manera que sea librado el pley»to dende el dia que se alzare de la »sentencia hasta un año.»

104 Proseguir y acabar son dos actos diversos; el primero se completa en la conclusion, y el segundo por la sentencia del juez; pues con ella se acaba y queda librado el pleito, que son las dos partes que considera la ley por una misma, y del cargo y obligacion de la parte que apela.

105 Esta inteligencia se presenta en la *ley* 19. *tit*. 22. *Part*. 3., pues llama juicio afinado al que da el juzgador entre las partes derechamente, de que no se alce ninguna de ellas, y en la *ley* 2. *del prop. tit. y Part.*

106 En el caso que el apelante no siga, ni acabe la apelacion, por manera que sea librado el pleito dentro del año, declara la citada *ley* 11. por firme y valedera la sentencia, «salvo si »oviere embargo derecho, porque no »le pueda seguir, ni librar;» y esta excepcion de la regla comprende igualmente las dos partes indicadas, como obligacion individua y simultánea del apelante, de la cual solo se excusará probando legítimo impedimento. Concluye al fin la misma ley, diciendo: «Y »si por culpa del Juez fincare de lo »librar, pague las costas, y daños á las »partes.»

107 Dos observaciones se presentan en la letra de esta disposicion: una que el librar el pleito es acabarlo por la sentencia difinitiva, y corresponde al juez; y otra que si no lo librare por su culpa, debe pagar las costas y daños á las partes.

108 Para que el juez caiga en morosidad y culpa de no librar el pleito debe ser instado y requerido para que dé sentencia en el término que le señalan las leyes, y si no obstante continuase en su negligencia, debe reclamar la parte apelante recurriendo al superior, y haciendo todas las diligencias posibles para que se acabe el pleito, y se libre por la sentencia den-

tro de un año, con cuyos oficios cumplirá sus obligaciones, y preservará su derecho en que la apelacion no se estime desierta, ni la sentencia pase en cosa juzgada.

109 La *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) dispone que desde que fueren las razones cerradas en el pleito para dar sentencia interlocutoria ó difinitiva, el juez dé y pronuncie, á pedimento de parte, la sentencia interlocutoria hasta seis dias, y la difinitiva hasta veinte dias; de manera que para que el juez incurra en morosidad es necesario que la parte inste, y pida que dé la sentencia.

110 La *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 8. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) ordena que los jueces determinen la causa dentro de diez dias despues de pasados los treinta sopena de diez mil maravedís y las costas para la parte que sobre ello le requiriere. Continúa la misma ley, y se explica de un modo tan claro y expresivo que no deja que dudar en la proposicion antecedente, pues dice: que «si la parte, que se »sintiere agraviada, no hiciere sus di»ligencias, por manera que dentro de »los dichos diez dias se pueda ver, y »determinar el pleyto::::: que dende »en adelante la sentencia quede firme, »y pasada en cosa juzgada.»

111 La *ley* 2. *del propio tit. y lib.* (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) dispone lo conveniente acerca de los plazos en que deben seguir la apelacion «contados desde el dia que le »fuere otorgada; y esos mismos plazos, »*dice*, aya el apelante para se quere»llar del Juez, sino le quisiere otor»gar el alzada; y si en este tiempo no »lo quisiere seguir, ó no se querellare, »como dicho es, finque firme el juicio, »de que se alzan en estos plazos, que »dichos son.»

112 La *ley* 5. §. 4. *Cod. de Temporib. appellation.* es la originaria de donde se tomaron las posteriores referidas; pues en ella se estableció que la apelacion se acabase dentro de un año contado desde su otorgamiento: que probado legítimo impedimento se concediese otro año; y que si dentro de él no se acabase y librase el pleito, quedase desierta la apelacion pasando la sentencia en autoridad de cosa juzgada, y da la razon la misma ley, *ibi*: *Cum ei sit apertissima facultas, et nostram adire majestatem, et tarditatem judicis in quærelam deducere, et nostro beneficio perpotiri.*

113 La *Clementin.* 3. *de Appellat.* admite y ratifica las enunciadas disposiciones de que se acabe la apelacion dentro de un año, imponiendo al apelante la obligacion de seguirla y acabarla: *ibi*: *Prosequi, et finire tenetur appellans. Quod si justo impedimento cessante non fecerit, debebit ejus appellatio deserta censeri.* Y como no debe considerarse justo impedimento el que puede remover la parte con su instancia y reclamacion, querellándose del juez, y recurriendo en caso necesario al superior, no haciendo estas diligencias la parte que apela, se constituye en morosidad, y manifiesta la voluntad de dilatar y detener la causa maliciosamente.

114 Por todas las leyes y autoridades referidas se demuestra y convence que la parte que apela no satisface su obligacion, siguiendo la apelacion hasta la conclusion del pleito, sino que tambien es de su cargo instar y requerir al juez para que lo acabe en tiempo oportuno con su sentencia, reclamando su morosidad, y querellándose de ella ante el juez superior; pues no haciendo estas eficaces diligencias se entiende que condesciende y es cómplice en la negligencia del juez, y debe sufrir los efectos de la desercion de la apelacion, y que la sentencia se ejecute como pasada en autoridad de cosa juzgada. Scac. *de Appell. q.* 15. *art.* 9. *n.* 181., con otros muchos autores que allí refiere, forma esta última opinion, aunque no la funda en las leyes y autoridades que van explicadas.

115 Puede dudarse con algun fundamento si el término de un año señalado para seguir y acabar la apelacion puede suspenderse ó prorogarse por convencion expresa ó tácita de las partes que litigan. Menchaca y otros, que refiere en el *lib.* 1. §. 7. *de Success.*

*creat. n.* 39. *vers. Stat ergo*, dicen que no, y que procede esta opinion, aunque intervenga juramento en la convencion y mútuo consentimiento de las partes, y se autorice con el del juez. Fúndanse principalmente estos autores en que el referido término se estableció en beneficio de la causa pública, atajando los grades daños y perjuicios que los pleitos acarrean. Scacia, *de Appell. q.* 15. *art.* 10. *número* 188. *vers. Contrariam opinionem*, refiere otros autores que comprueban esto mismo por los propios fundamentos que reune en el *vers. Ratio potissima*: ibi: *Ratio potissima hujus opinionis est, quia lex volens obviare litibus, quibus judex inquietatur, respublica læditur, partes vexantur expensis et materia criminibus ex longa concertatione prævetur.*

116 La opinion contraria de que pueda suspenderse y prorogarse el término señalado para acabar la instancia de apelacion es mas segura, porque se funda en la autoridad de las leyes y de los cánones. La *ley* 5. *Cod. de Temporib. appellationum*, que es, como se ha dicho, la capital y originaria de esta materia, despues de establecer la regla insinuada pone en el §. último la limitacion siguiente: *Sin autem partes inter se, scriptura interveniente, paciscendum esse crediderit, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire; vel ullum fatale observare: eorum pactionem firmam esse censemus. Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus pactis litigantium mitigari.*

117 Lo mismo dispone la *Clement.* 4. *de Appellat.*, y sobre estas autoridades forman y admiten esta opinion Scacia y otros muchos autores que refiere en la citada *q.* 15. *n.* 188.

118 Las razones que alegan los autores de la primera opinion no estan traidas oportunamente al caso de que se trata: porque conformándose las partes en suspender el curso del pleito, no experimentan los daños y vejaciones que intentaron precaver las leyes, atajando la malicia de los que litigan, antes bien logran en la suspension acordada los beneficios de la tranquilidad en aquel tiempo, y pueden atender á otros negocios de su mayor interés y preferencia; y muchas veces consiguen por este medio que el pleito se fenezca en la intencion de las mismas partes, pues no lo continúan, y el juez no puede hacerlo de oficio.

119 De aquí procede una observacion admitida generalmente en los tribunales, y se reduce á que cuando las partes sobreseen en las diligencias de los autos, aunque sea por largo tiempo, no son inquietadas de oficio para que las continúen, porque se considera que proceden de acuerdo por una tácita convencion, que dura solamente aquel tiempo que permanece en ella; pero si alguna de las partes solicitáse nuevamente la continuacion del pleito, se hace saber por retardado á las otras, que es lo mismo que decirlas que alguna de ellas se habia separado de su anterior convencion, y que se reintegraba en la libertad que antes tenia para seguir su instancia.

120 La citada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 5. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) pone en su segunda parte una excepcion general á la regla que establece en la primera por aquellas palabras: «Salvo si oviere embargo derecho, por»que no le pueda seguir, ni librar.» Lo mismo se observa en la *Clement.* 3. *de Appellationib.* por una disposicion negativa, ibi: *Quod si justo impedimento cessante non fecerit, debebit ejus appellatio deserta censeri.*

121 Estas dos disposiciones se limitan á declarar que no corre al apelante el tiempo que está impedido, y que no le perjudica el no seguir ni acabar su apelacion dentro del año; pero no determinan ni señalan el tiempo que le debe conceder para dicho fin; esto es, si cesando el impedimento correrá el mismo término que estuvo impedido hasta completar el año útil, y quedará expedito para seguir y acabar su instancia.

122 La *ley* 5. §. 4. *Cod. de Tempor. appellation.* establece la propia excepcion ó limitacion de que no perjudique al apelante el no haber seguido ni acabado la apelacion dentro del año, si acreditase haber estado impe-

dido: *ibi*: *Nisi appellator evidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nixum voluisse litem exercere, per judicem autem stetisse, vel aliam inexorabilem causam subsecutam, propter quam hoc facere minime valuit;* y añade que en este caso se le conceda otro año para el mismo efecto de seguir y acabar la apelacion, y que pasado quede desierta, y de consiguiente firme la sentencia.

123 Lo mismo se dispone en la *Novel.* 49. §. 1. *de His qui ingrediuntur ad appellat.* y en el *can.* 41. *caus.* 2. *q.* 6. De esta adicion, por la cual se concede otro año para el fin referido, tomaron ocasion los autores para excitar dudas y dividirse en opiniones contrarias acerca del tiempo que debía durar el impedimento del primer año para que tuviese lugar la indulgencia del segundo; pues como no lo explican las leyes, proceden los autores tan arbitrariamente en sus resoluciones que causan una confusion inexplicable, como lo notó Gonzalez *sobre el cap.* 5. *de Appellation. desde el n.* 11., y se observa en Scacia *de Appellation. q.* 15. *art.* 5. *n.* 148., y en Acev. *á la ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *nn.* 19. *y* 20.

124 Toda la materia de estos años fatales para seguir y acabar las apelaciones ha llegado á quedar casi inútil en la práctica de los tribunales: porque radicados los autos por via de apelacion en el superior competente proveen las leyes de oportuno remedio á las partes que obtuvieron la sentencia para que insten su brevedad; y cuando no lo hacen, vienen á caer en el medio ya insinuado de proceder con uniforme acuerdo en la suspension temporal de la causa, que es el primer fundamento en que puede consistir el no excitarse controversias en los tribunales sobre el tiempo que señalan las leyes para seguir y acabar las apelaciones.

125 En los juicios correspondientes al fuero real van la mayor parte de las apelaciones al Consejo, chancillerías y audiencias; y como estos tribunales estan por lo general ocupados en muchos y graves negocios, y miran por otra parte la verdad y la justicia sin detenerse en rigurosas formalidades, y estan al mismo tiempo libres de intentar ni ocurrir á la dilacion de los autos, se consideran las partes justamente impedidas para no acabar la instancia, y quedan preservadas de la insinuada pena de que perezca por este medio su justicia.

126 Esto es lo que notó por nueva y particular excepcion Gonzalez en el citado *cap.* 5. *de Appellation. al final del n.* 11.: ibi: *Quod in appellationibus interpositis ad principis consistoria cursus fatalium tam in primo, quam in secundo anno sistat, neque id sine ratione, cum alioquin esset iniquum principum consistoria negotiorum multitudine, et temporis angustiis concludi, idque appellanti nocere;* y se funda en la *Autent. de Appellationib.* §. *Ad hæc collat.* 4. *tit.* 2. *cap.* 2., en la *ley última*, §. 3. *Cod. de Temporib. appellation.*, y en el *cap.* 50. *de Appellation.*

## CAPÍTULO IV.

### *De las sentencias que hacen cosa juzgada.*

1 Habiéndose tratado en el capítulo próximo de la cosa juzgada que producian las sentencias auxiliadas del consentimiento de las partes, porque ó no apelaron, ó no siguieron y acabaron las apelaciones en los tiempos debidos; se sigue tratar en este de la cosa juzgada, que nace de las sentencias contra la intencion y voluntad de los mismos que litigan.

2 La primera regla se forma del número de tres sentencias conformes, las cuales acaban enteramente el pleito, hacen cosa juzgada, se ejecutan, y no reciben apelacion ni súplica. Así lo disponen con entera uniformidad las *leyes* 5. *tit.* 17., la 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Rec.*: la 25. *tit.* 23., la 4. *tit.* 24. *Part.* 3., y la *ley única Cod. Ne liceat in una, eademque causa tertio provocare*: *Novel.* 82. *cap.* 5. *in fin.*: *cap.* 65. *ext. de Appellat.*: *Clement.* 1. *de Sent. et re judicat.*

3 En esta regla convienen todos los autores: Gonzalez en el citado *ca-*

*pit.* 65. *de Appellat.*: Salgad. *de Reg. part.* 3. *cap.* 16.: Covarrub. *Pract. cap.* 25. *n.* 3. *et* 8.: Scac. *de Appellat. q.* 17. *limit.* 1.; pero estan discordes en la razon fundamental de la misma regla. Y á la verdad que no hay alguna que convenza la necesidad de su establecimiento y observancia: porque la principal que insinúan se reduce á que no es de presumir que tres jueces ó tribunales sentenciasen con agravio de los derechos de las partes; pero esta presuncion deja siempre en duda la verdad, y solamente forma la opinion probable de tener por cierto lo que han juzgado con uniformidad tres jueces ó tribunales. Así lo indica Santo Tomas *Secund. secundæ. q.* 69. *art.* 3. *in fin.*: *Ideo autem non est concessum, ut tertio aliquis appellet super eodem, quia non est probabile toties judices à recto judicio declinare.* Gonzalez en el citado *cap.* 65. *n.* 7., asegurado de este pensamiento, manifiesta no hallar razon alguna que concluya la necesidad de esta regla, atribuyéndola á la fuerza de la ley que estableció el legislador á su arbitrio, excitado de la razon indicada, y mas principalmente del deseo de poner fin á los pleitos por el interes de la causa pública.

4 La *ley* 25. *tit.* 23. *Part.* 3., dejando establecida en su primera parte la mencionada regla de que se pueda apelar dos veces de un mismo juicio, reune, como fundamento de esta disposicion, las dos razones que se han expresado, *ibi*: «Ca tenemos, que el »pleyto, que es juzgado, *é* esmerado »por tres sentencias, es derecho; é »que grave cosa seria, aver á espe»rar sobre una misma cosa la quarta »sentencia.»

5 En las mismas leyes se presenta una prueba perentoria de no autorizarse la cosa juzgada por el número de las tres sentencias uniformes, ni por las razones que se motivan, sino por el arbitrio del legislador, que pudo dar igual fuerza de cosa juzgada á una ó á dos sentencias, ya fuesen conformes, ó ya discordasen sustancialmente; pues así lo dispone y se observa en diferentes causas, atendidas las circunstancias que refieren las mismas leyes.

6 En la *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 7. *Recop.* (Ley 3. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Rec.) se dispone que en los pleitos tocantes á las rentas y propios de las ciudades, villas y lugares de estos reinos, si fueren dadas por cualesquier jueces dos sentencias conformes, que no se pueda apelar de ellas, ni agraviarse; y solo en el caso de ser diversas permite apelar ó suplicar; viniendo por todo á concluirse en los dos casos que con solas dos sentencias conformes se causa ejecutoria.

7 En las causas que vienen por apelacion al Consejo, audiencias ó chancillerías, aunque se confirme la sentencia del juez inferior de primera instancia por la de vista, tiene lugar la súplica; y la sentencia dada en revista, aunque sea revocatoria de las anteriores, causa ejecutoria sin embargo de ser una sola sentencia. Lo mismo sucede en los pleitos que empiezan en el Consejo, audiencias ó chancillerías, como lo dispone para uno y otro caso la *ley* 3. *tit.* 17. y la 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 17. y 2. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) [31].

8 Los pleitos de tenuta y posesion se acaban con sola una sentencia, y no se admite súplica ni otro recurso alguno sin embargo de ser por lo general de mucha entidad y gravedad: porque no solo se transfiere la posesion civil y natural, que es un grande auxilio para vencer en el juicio de propiedad, sino que se hace dueño de los frutos producidos desde la vacante hasta la sentencia, y continúa percibiendo los demas el largo tiempo que duran los pleitos de esta calidad [32].

9 La *ley* 52. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* (No está inserta en la Nov. Recop.) da por fenecidos los pleitos de residencia tomada á los jueces con sola una sentencia del Consejo, sin admitir suplicacion sino solamente en dos casos que expresa la misma *ley*, *y el auto* 2. *del prop. tit. y lib.* Lo mismo se halla declarado en otras muchas causas, demostrándose por la serie de tantas leyes que la fuerza de cosa juzgada no está en la uniformidad ni en

el número de las sentencias sino en el fin de acabar los pleitos con la brevedad posible; y como estas disposiciones son generales en su establecimiento, á ninguno agravian, pues todos se conforman en su observancia por el interes público que las motiva.

10 Como no puede llegarse al término de que se cause ejecutoria con la sentencia de revista del Consejo, chancillerías y audiencias, sino por el medio de suplicar de las de vista, es muy oportuno y necesario advertir las causas, el tiempo y el modo con que se han de interponer y seguir las suplicaciones; y para que se perciba con mayor claridad el uso que se debe hacer de ellas, se cotejarán con las apelaciones, notando las causas y fundamentos en que convienen, y sus respectivas diferencias.

11 El agravio, que recibe la parte por la sentencia del juez, es la causa que justifica la apelacion, y así ha de existir de presente; y si no lo hay, porque no se ha recibido, ó aparece notoriamente del proceso que no lo contiene la sentencia, ni se puede mejorar el derecho de la parte con nuevas alegaciones y probanzas, no tiene lugar la apelacion, y se desprecia como frívola y calumniosa. Esto es lo que largamente se explicó y fundó en el capítulo segundo de esta segunda parte.

12 En todo esto convienen las súplicas, disponiéndose literalmente acerca de ellas en las citadas *leyes* 1. *y* 2. *tit*. 19. *lib*. 4. *de la Recop.* (Leyes 1. y 2. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) que la parte, contra quien fuere dada la sentencia, ha de alegar por escrito que es agraviada expresando los agravios, como se repite muchas veces en las mismas leyes.

13 Tan necesario es que se motive en la súplica el gravámen, que irroga la sentencia á la parte, que no basta alegarlo ni expresarlo al tiempo de la súplica, si los jueces no lo conciben á lo menos con probabilidad por los hechos del proceso, ó hallaren que se pueden mejorar por la parte que suplica con nuevas alegaciones y probanzas; pues faltando estos fundamentos estiman la súplica por frívola y maliciosa, y no la admiten cuando la interpone la parte. Muchas veces previenen los jueces este caso en sus sentencias, cuando hallan notoria la justicia, y que no se puede variar; y entonces mandan que se ejecuten sin embargo de suplicacion, que es adelantar el dictámen, y prevenir lo que habian de proveer en el caso de que se suplicase de la citada sentencia.

14 De esta práctica hace memoria el *auto acord.* 10. *tit*. 19. *lib*. 4. (Nota 3. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.); pues manda participar á la chancillería de Valladolid «la cierta noticia en »que se está, de que en las causas ci»viles se usa muchas veces de la cláu»sula ejecútese sin embargo, de que »tratan muchos autores,» siendo estilo observado en las audiencias, como tambien en dicha chancillería, que la licencia para suplicar de las sentencias, que contengan la referida calidad, se pide en la misma sala donde pasa el pleito, precediendo la visita de ceremonia y urbanidad de los litigantes á los ministros que votaron el *sin embargo*.

15 De la visita de ceremonia y urbanidad que en tales casos precedia por parte de los litigantes, y refiere el citado *auto acordado*, resolvió S. M. á consulta y representacion del señor conde de Aranda, Presidente del Consejo, que los ministros de las chancillerías y audiencias no la admitiesen en adelante ni aun con pretesto de pedir la venia para suplicar, previniendo que en este caso se reciban en las oficinas los pedimentos de las partes, y se dé cuenta de ellos en los tribunales para resolver conforme á derecho si tiene ó no lugar la súplica con independencia de la visita, cuya ceremonia debe enteramente abolirse; y negada la súplica no se admitirá mas pedimento sobre el asunto. A este fin entre otros, que contenia la consulta del señor Conde Presidente, se expidió real cédula en 28 de Junio de 1770, y se manda en ella que, despues de publicada en el acuerdo, se coloque con las ordenanzas de aquellos tribunales para que siempre se tenga á la vista, y no

se contravenga á su tenor en manera alguna.

16 La libertad de apelar se limitó á cierto término, que empieza á correr desde el dia que es dada la sentencia, y llega á noticia de las partes; y pasado sin haber apelado, se considera renunciado el derecho, y extinguida la facultad de apelar. Todas estas partes se han explicado y fundado en el citado capítulo segundo, y en todas ellas convienen las súplicas.

17 La diferencia consiste únicamente en que para apelar estan señalados cinco dias, y para suplicar diez. Esta variedad se insinuó al fin de la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*; (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) pues señalados los cinco dias para apelar, previene que por esto no se innove en las leyes que disponen sobre la suplicacion; y en las 1. *y* 2. *tit.* 19. *del prop. lib.* (Leyes 1. y 2. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) se manda que la parte, que quisiere suplicar de la sentencia difinitiva, haya solamente el término de diez dias para suplicar, y no mas, ya se haya empezado el pleito en el Consejo ó audiencia, ó que haya venido por apelacion ó en otra cualquier manera; añadiendo que si no suplicare y expresare los agravios en escrito dentro de diez dias, quede la sentencia firme, y no sea mas oido, señalando igualmente el dia de la notificacion de la sentencia por principio del término de los diez dias; y por todo se viene á concluir la uniformidad que guardan la apelacion y la suplicacion con la sola diferencia advertida en cuanto al mayor término, que se concede para suplicar.

18 La *ley* 6. *tit.* 24. *Part.* 3. señala los mismos diez dias para suplicar; pero si no se acordare de pedir merced hasta este tiempo, dice, que lo puede hacer aun hasta dos años. Cotejada esta ley con las recopiladas que se han citado, se observan dos notables diferencias: consiste la primera en el tiempo de los dos años que no se conceden, ántes bien se excluyen por las leyes posteriores: la segunda en que la sentencia se ejecutaba bajo de fianza cuando se suplicaba dentro de los diez dias; y sin fianza haciéndolo despues de dicho término de diez dias, pero dentro de los dos años.

19 Ahora se suspende la ejecucion de la sentencia de vista por efecto de la súplica, y no se permite interponerla pasados los diez dias, como se expresa en las leyes referidas, y en la 8. *tit.* 4. *lib.* 2. *del Ordenam.*

20 La súplica trae su orígen de la merced y gracia del rey, y ésta supone que la primera sentencia, á que se refiere la súplica, hace cosa juzgada con efecto de verdadera ejecutoria, y que necesita de toda la autoridad real para que por gracia ó merced abra el juicio, y mande se vuelva á examinar, que es á lo que corresponde el nombre de revista, siendo esta una diferencia notable entre la súplica y la apelacion, como se prueba de las leyes recorriéndolas por el orden de su antigüedad.

21 La dignidad de prefecto pretorio fué en tiempo de los romanos, desde que se fijó el imperio, la mayor, y su sentencia hacia cosa juzgada, y era igual en todos sus efectos á la que por sí daba el mismo emperador ó rey, sin admitir apelacion ni reclamacion alguna. El orígen de esta prerogativa se toma del emperador Constantino en la *ley* 16. *de Appellationib. en el Código Teodosiano*, en donde refiere los jueces que conocian de las causas á nombre del emperador; y esta circunstancia daba motivo para dudar si se podia apelar de su sentencia. Entre los jueces de esta clase refiere algunos la citada ley en su principio, y determina que se puede provocar y apelar de sus sentencias: ibi: *A proconsulibus, et comitibus, et his qui vice præfectorum cognoscunt, sive ex appellatione, sive ex delegato, sive ex ordine judicaverint, provocari permittimus.*

22 Continúa en su contesto, y declara como privativa del prefecto pretorio la prerogativa de que no se pueda apelar de su sentencia: ibi: *A præfectis autem prætorio, qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus: ne jam nostra contingi veneratio videatur.*

23 En dos causas motiva esta ley

la preferencia insinuada: una es, porque el prefecto pretorio representa verdaderamente la sacra autoridad del emperador, y así lo manifiesta la palabra *verè*, y prueba tambien con esta discretiva expresion que los otros jueces, de que habla en su primera parte, tenian cierta alusion y semejanza, aunque mas impropia y remota, en el ejercicio y representacion de la autoridad real: la segunda causa se reduce á que siendo tan íntimamente próxima la dignidad de prefecto pretorio por la confianza y amplitud de autoridad á la del mismo emperador, se presentaria como ofensa de la veneracion que se debe al imperio, sino se comunicase igual respeto á la persona, que tan inmediatamente lo representaba en el ejercicio de su autoridad; y esto es lo que dan á entender bien claramente aquellas palabras: *Ne jam nostra contingi veneratio videatur.*

24 La *ley única ff. de Offic. præfect. prætor.* refiere el tiempo y orígen de esta dignidad, su grande autoridad y la prerogativa de que sean inapelables sus sentencias, suponiendo estarle concedida por otras leyes mas antiguas, que es la citada de Constantino; y explica al fin la razon en que se funda la prerogativa indicada: ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et gravitate, ad ejus officii magnitudinem adhibeatur, non aliter judicaturos esse pro sapientia, ac jure dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus.*

25 Aunque en otras leyes se hace igual memoria de la dignidad de prefecto pretorio, y de la excelencia privativa de que no se pueda apelar de su sentencia, estimándola firme y rata para llevarla á debida ejecucion, no es necesario referirlas todas, concluyendo este artículo con la prueba y convencimiento, que en su comparacion presentan las sentencias que daban en aquellos tiempos los obispos en las causas civiles.

26 El mismo emperador Constantino atendiendo al mayor beneficio de sus súbditos, y confiando mucho de la integridad y justificacion de los obispos, permitió á los litigantes que llevasen de conformidad sus causas civiles al juicio y decision de los mismos obispos, y la autorizó y ratificó en el alto grado de sentencia difinitiva inapelable para que pudiera llevarse inmediatamente á ejecucion por los rectores ó jueces de las provincias y sus oficiales.

27 Esta prerogativa, que concedió aquel emperador á las sentencias de los obispos en los negocios civiles, la funda y motiva en la excelencia en que la consideraba, como si se hubiesen dado por el mismo emperador ó por el prefecto pretorio.

28 Sozomeno en el *lib.* 1. *de su Histor. Ecles. capit.* 9., tratando del emperador Constantino, se explica en los términos siguientes: *Et litigantibus permisit, ut ad episcoporum judicium provocarent, si magistratus civiles rejicere vellent: eorum autem sentencia rata esset.*

29 Honorio y Teodosio ratificaron la misma prerogativa en la *ley* 8., y mas expresamente en la 8. *Cod. de Episcop. audient.* ibi: *Episcopale judicium ratum sit omnibus, qui se audiri à sacerdotibus elegerint, eamque illorum judicationi adhibendam esse reverentiam jubemus, quam vestris deferri necesse est potestatibus, à quibus non licet provocare.*

30 El mismo Sozomeno hablando en el lugar citado de las sentencias de los obispos se explica con la siguiente comparacion: *Aliorumque judicum sententiis prævaleret, perinde ac si ab imperatore ipso data fuisset:::: utque res ab episcopis judicatas, rectores provinciarum, eorumque officiales executioni mandarent.* Del mismo modo se explica la citada *ley* 8. *Cod. de Episcopal. audient. Per judicum quoque officia, ne sit causa episcopalis cognitio, definitioni executio tribuatur.*

31 De la enunciada ley de Constantino y de su disposicion hacen memoria Baron. *año de* 398. *n.* 63.: Tomasin. *de Discipl. Eccles. p.* 2. *lib.* 3. *cap.* 102. *n.* 1. *y* 2.: Van-Espen *de Jur. Ecclesiast. p.* 3. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 17.

32 Todos estos graves autores convienen en ciertas proposiciones funda-

mentales que son notorias: la primera es que los obispos antes de la mencionada ley de Constantino conocian por compromiso y avenencia de las causas civiles, que llevaban á su decision los litigantes, siguiendo el consejo, ó llámese precepto de san Pablo, que insinuó generalmente á todos los cristianos, y mas particularmente á los obispos, en su primera carta á los de Corinto *cap.* 6.; y así se quejaba san Agustin de no poder gozar del tiempo para la oracion y leccion de libros sagrados, por ocuparlo útilmente en componer las discordias de los cristianos. Lo mismo hacia san Ambrosio y otros santos obispos, como lo manifiesta el mismo san Agustin *al cap.* 9. *de Oper. Monachorum*, *y en sus cartas* 81. *y* 147., *y sobre el Salmo* 118., acreditándolo igualmente Posidio *de Vit. Augustini cap.* 19.: Tomasin. *part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 101.: Van-Espen *de Jur. Ecclesiast. part.* 3. *tit.* 1. *cap.* 1.; y Baron. *en sus Anal. Ecclesiastic. año* 398. *n.* 63.

33 La segunda proposicion, en que estan conformes los referidos autores y las leyes, consiste en que las sentencias dadas por los árbitros no obligaban á su cumplimiento, dependiendo únicamente de la voluntad de las partes; y aunque para darlas alguna autoridad tomaron los medios de imponer penas á los que no estuviesen por el juicio de los árbitros, jurando al mismo tiempo cumplir sus avenencias, dejaron siempre libre la ejecucion de la sentencia, salvo que la loasen con el posterior consentimiento, ya fuese expreso ó tácito, por el curso de diez dias, que tenian para reclamar sus determinaciones. Esto es lo que disponen y confirman la *ley* 2. *ff. de Receptis, et qui arbitrium receperunt*: *la* 1. *Cod. eod. tit.*: *Novel.* 82. *tit.* 11. *coll.* 6. *capit.* 11.; y la 23. *tit.* 4. *Part.* 3. ibi: «E »sobre todo deven prometer, de guar»dar, é de obedecer el mandamiento, é »los juicios, que los avenidores ficie»sen sobre aquel pleyto, so cierta »pena, que peche la parte que non »quisiere estar por ello, á la otra que »obedeció el mandamiento de los ave»nidores. Ca si pena non y fuese pues»ta, non serian tenudas las partes de »obedecer el mandamiento, nin el jui»cio, que diesen entre ellos; fueras »ende si callasen, é lo non contradixe»sen, desde el dia que fuese dada la »sentencia, fasta diez dias.» Lo mismo se dispone en la *ley* 26. *del prop. tit. y Part.* y en el *cap.* 4. *de Arbitris.*

34 De estas dos proposiciones se viene en claro conocimiento de que el emperador Constantino concedió únicamente de nuevo á las sentencias de los obispos dos cosas: una que obligasen á los litigantes á estar y pasar por ellas: otra que con sola una sentencia quedase acabado el pleito, y se llevase á pura ejecucion, la cual encargó á los jueces ordinarios de las provincias; y esta fué otra señal de que no reconocia en los obispos jurisdiccion contenciosa para decidir los pleitos civiles; pues si la hubieran tenido, procederian por sí mismos á ejecutarlas, como parte que completaba aquel juicio, segun disponen las leyes que refiere Salgado con otros muchos autores en la *part.* 3. *de Reg. cap.* 14. *n.* 98., señaladamente la 6. *tit.* 17. *lib.* 4.

35 La *ley* 8. *tit.* 18. *Part.* 4. hace semejante el prefecto pretorio al adelantado mayor de la corte, explica su oficio y dignidad, como subrogado en lugar del rey para juzgar y librar en ella todos los pleitos del reino, «é las »alzadas de los Jueces de la Corte que »vinieren antel;» y con respecto á la mayoría de esta dignidad, y de estar subrogada en el lugar inmediato del emperador ó rey, dice: «Ca así como »non pueden apelar de la sentencia »que da el Emperador, ó el Rey, bien »así non pueden alzarse de la que die»se este atal; mas puédenle pedir mer»ced, que vea, ó enmiende su senten»cia, si quisiere.» Lo mismo disponen sustancialmente las *leyes* 4. *y* 6. *tit.* 24. *Part.* 3., señalándose en esta última el término de diez dias para pedir merced de ser oida, contados desde que fuere dada la sentencia por el rey, ó por el adelantado mayor de la corte.

36 En lugar del adelantado mayor se subrogó el Consejo Real, representando inmediatamente la suprema auridad del rey para juzgar todas las

causas del reino que vinieren á él, y de las alzadas de los jueces de la corte, acabando con su sentencia el pleito, y haciendo cosa juzgada para ser llevada á ejecucion.

37 Todas estas partes se contienen con muy clara uniformidad en las leyes del reino: la 19. *tit.* 23. *Part.* 3. dispone que de las alzadas que se hacen al rey conozcan aquellos que juzgan cuotidianamente en su corte; y estos son los ministros del Consejo Real que despachan con el rey, y con su inmediata representacion, y á este fin se ordenó por la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 6. lib. 3. de la Nov. Recop.) que el rey se sentaria en público dos dias en la semana con los de su Consejo, y con los alcaldes de su corte, que serian lunes y viernes; y los señores reyes católicos redujeron su asistencia en el Consejo al viernes de cada semana, como se dispone en la *ley* 2. *del propio título y libro* (Ley 2. tit. 9. lib. 4. de la Nov. Recop.); y por la 5. *del mismo título y libro* (Ley 2. tit. 6. lib. 3. de la Nov. Recop.) se hallaba determinado muy de antiguo que el rey anduviese con el Consejo y alcaldes por todas sus tierras y señoríos, usando de justicia y administrándola. Lo mismo se halla establecido en las *leyes* 1. *y* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Ordenam. Real*, y aun en el dia se conservan estos vestigios antiguos de sentarse el rey con el Consejo en el viernes de cada semana á despachar las consultas, guardándose puntualmente lo ordenado por las leyes acerca de que no entre, ni esté, ni se siente en el Consejo ninguna otra persona que no sea del mismo tribunal; demostrándose por una observancia constante desde lo mas antiguo que en el Consejo despacha el rey, y á su nombre se libran las provisiones y cédulas, sin que pueda dudarse que la sentencia dada por el Consejo y la que da el rey son de igual autoridad en el punto de acabar con ella el pleito, hacer cosa juzgada, y ejecutarla.

38 Desde que se fijó el Consejo con el rey en su corte, no estaban expeditas sus facultades para determinar todos los negocios de gobierno y pleitos de justicia del reino, y usaban de jueces comisionados, de donde resultaban grandes daños á las partes y á la causa pública; y para enmendarlos, y facilitar á los interesados la administracion de su justicia sin tanto gravámen y gastos, fué muy conveniente establecer las chancillerías y audiencias de los respectivos territorios bajo las reglas que se estimaron convenientes, y se han ido mejorando con la experiencia y el tiempo, autorizando á estos tribunales con la jurisdiccion competente para conocer y acabar las causas de su territorio sin que admitan apelacion sus sentencias, salvo en algunos casos que estan especificados en las leyes para las audiencias de Galicia y Oviedo [33]; viniendo á concluirse que lo dicho del Consejo en cuanto á que su primera sentencia hacia cosa juzgada, y que solamente podia suspenderse su ejecucion por efecto de la súplica, que pendia de la merced y gracia del mismo tribunal ó del rey, segun lo disponen las referidas *leyes* 4. *y* 6. *tit.* 24. *Part.* 3. y la 8. *tit.* 18. *Partida* 4., se debe entender tambien de las sentencias de las chancillerías y audiencias; habiéndose hecho este medio, que en su orígen fué de gracia, ordinario ya y de justicia por las leyes, como lo funda con otros Maldon. *de Secund. supplic. tit.* 1. *q.* 1. *n.* 25. [34].

39 Por consideracion á la mas alta y distinguida dignidad con que los señores reyes han autorizado estos tribunales y sus ministros, se debe proceder en el modo de interponer las súplicas y en el fin con el mayor acatamiento y decoro de los mismos jueces; pues aunque las leyes disponen en lo general que los que apelan sean muy moderados en sus palabras, no agraviando al juzgador, como se previene en la *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3., y en la 12. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 24. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.), aun deben ser mas sumisas y reverentes las palabras de la súplica, motivándola en el error de los litigantes ó en la malicia de las contrarias, sin atribuirlo á los jueces ni á su ignorancia ó malicia; y esta es una diferencia muy notable entre la apelacion y la súplica, pero

muy justa por lo mucho que importa mantener el alto respeto y decoro de los tribunales superiores, haciéndolos parecer al público como infalibles en sus resoluciones.

40 El padre Marquez *en su tratado del Gobernador Cristiano lib.* 1. *capítulo* 18. §. 2. y Larrea *en su Alegacion* 103. recogieron todas las causas y motivos que obligan á honrar á los jueces, y á mantenerles su decoro y respeto: porque son las armas con que hacen al rey el grande servicio de conservar la paz y justicia de sus reinos.

41 Por estas consideraciones deben proceder los letrados cuando supliquen de la sentencia del Consejo, chancillerías y audiencias con el cuidado de proponer nuevos hechos y producir algunos instrumentos, aunque no sean muy importantes á la justicia de la causa, para que el tribunal pueda motivar en estas nuevas alegaciones y probanzas la reforma y enmienda de su anterior sentencia.

42 La sentencia que se diese en la instancia de súplica, ya sea confirmando ó revocando las anteriores, causa ejecutoria de cosa juzgada, y se procede en su virtud á dar á cada uno su derecho, que es el fin que completa todas las partes de la justicia, segun se contiene en su difinicion.

43 Por estos principios, que forman la regla general ya indicada, correspondia se tratase inmediatamente de la ejecucion de la cosa juzgada; pero como no estan sujetas todas las apelaciones y suplicaciones ni en su progreso ni en sus términos á la regla, y admiten algunas excepciones, señaladamente las apelaciones que se interponen de los jueces de Madrid, y las sentencias de revista que por su gravedad y calidad permiten la segunda suplicacion, se tratará de estos dos puntos con la brevedad posible, en cuanto se adviertan sus particularidades en los capítulos siguientes.

## CAPÍTULO V.

*Las sentencias dadas por el Consejo, confirmando ó revocando las de los alcaldes de corte, corregidor y tenientes de Madrid en las causas civiles de que estos conocen, hacen cosa juzgada; y el mismo efecto tienen las que dan las dos salas de corte* [35].

1 Supuestas las reglas, que dejo explicadas en el capítulo segundo, parte segunda de estas *Instituciones*, por donde se declaran las causas que deben ir por apelacion á la sala de provincia del Consejo, y las que corresponden á las dos de corte segun la última legislacion que allí se refiere; me he reservado advertir en este capítulo las particularidades de las apelaciones que se interponen de las sentencias de los alcaldes que despachan en provincia, y de las del corregidor y sus tenientes.

2 Sintiéndose agraviada alguna de las partes que litigan, que es el principio y fundamento comun de todas las apelaciones, como se demostró en el citado capítulo segundo, se presenta derechamente en sala de provincia del Consejo, ó en las dos de la corte segun su turno, por via de apelacion, nulidad, queja, agravio, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos de dichos jueces, señaladamente de la sentencia que han dado en los autos, y entre las partes que se expresan; y concluye pidiendo se sirva mandar que el escribano de provincia ó del número entregue los autos en la escribanía de cámara del Consejo, ó que vaya á hacer relacion de ellos segun la entidad y calidad que expresan las leyes [36].

3 Por este medio observado constantemente en los referidos tribunales superiores se logran conocidas ventajas á favor de la causa pública y de las partes en la mayor expedicion y menos gastos de los negocios, excusándose apelar ante el juez que dió la sentencia, pedir testimonio de ella, y acudir con él en el término que seña-

le el juez, ó en el de la ley al tribunal superior, formalizar en él la apelacion, sacar los despachos para que se remitan los autos originales ó en compulsa, otorgar nuevo poder para la segunda instancia, y hacer las demas diligencias, que por regla estan prevenidas en las apelaciones comunes, y se han referido muy por menor en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte.

4 Los escribanos de provincia hacen relacion de los autos en las dos salas de corte, adonde van las apelaciones, cuando la cantidad que se litiga no excede de trescientos mil maravedis señalados por resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 9 de Setiembre de 1750, sin diferencia de que los autos apelados sean difinitivos ó interlocutorios; y en estos tres artículos convienen los escribanos del número de Madrid.

5 Si la causa excediese de los trescientos mil maravedis, van las apelaciones á la sala de provincia del Consejo, y los escribanos de provincia y los del número hacen relacion de ellos: los de provincia si no excede de mil ducados, y los del número sin limitacion.

6 Esta diferencia, en cuanto á ir á hacer relacion, nace del *auto acord.* 11. *tit.* 8. *lib.* 2. (Ley 24. tit. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.), su fecha 24 de Setiembre de 1680, en el cual se declaró en justicia, y se resolvió á consulta con S. M. que de los pleitos, cuyo interes no excediere de mil ducados, en que los alcaldes de corte hubieren determinado difinitivamente en primera instancia, hagan relacion los escribanos de provincia; y que entreguen todos los que excedieren de la dicha cantidad de mil ducados á los escribanos de cámara, trayéndolos al Consejo para que se repartan.

7 La duda que dió motivo al pleito seguido entre los escribanos de provincia y los de cámara del Consejo, que se determinó y resolvió segun queda expresado, pudo muy bien fundarse en la *ley* 2. *tit.* 6. *lib.* 2. (Ley 1. tit. 28. lib. 4. de la Nov. Recop.), por la cual se dispone que en las causas civiles de que conocieren los alcaldes de corte, «no aya apelacion, ni su»plicacion, ni agravio, ni nulidad, »salvo para ante Nos, y los del nues»tro Consejo, y no para ante los Oi»dores de la nuestra Audiencia, ni »para otro alguno.»

8 Como esta ley no habla de los escribanos de provincia ni de las facultades de su oficio en cuanto á ir á hacer relacion de los autos, cuando se apelare de las sentencias de los alcaldes, ni tampoco distingue de las que sean difinitivas ó interlocutorias, ni del interes de las causas, quedaban en confuso las autoridades de dichos escribanos, y las que pretendian tener los de cámara del Consejo para que se les entregasen los autos que iban á él por apelacion.

9 Por la *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2. se declara: (Ley 3. tit. 28. lib. 4. de la Nov. Recop.) «que siendo la cantidad »sobre que es el pleyto de cincuenta »mil maravedis, ó dende arriba, se »aya de apelar, y apele para el Consejo »donde el escrivano ha de ir á hacer »relacion, y se ha de despachar, y de»terminar el negocio, segun, y en la »forma que hasta aquí se ha hecho.»

10 El punto que se da de cincuenta mil maravedis excluye del Consejo las causas, cuyo interes no llegare á esta cantidad, y las manda llevar por apelacion á los dos alcaldes de corte, que á este fin estaban señalados; pero como no pone término al interes de las que han de ir al Consejo, antes bien lo deja abierto é indefinido por aquella cláusula, «ó dende arriba,» y dispone en su continuacion que el escribano haya de ir á hacer relacion, parecia bien fundado el intento de los de provincia en todas las causas que fuesen por apelacion al Consejo.

11 La *ley* 16. *tit.* 8. *lib.* 2. (Ley 2. tit. 29. lib. 4. de la Nov. Recop.) dispone en el mismo caso de las apelaciones al Consejo que «sin dilacion al»guna los Escrivanos de los dichos »nuestros Alcaldes den á los dichos »nuestros Escrivanos de Cámara el di»cho proceso originalmente.» Lo mismo dispone la *ley* 27. *del propio tit. y lib. ibi*: «Que entreguen los dichos

»Escrivanos los procesos, cuando de la »determinacion dellos se apelare al »Consejo originalmente.»

12 Como estas dos últimas leyes favorecian el intento de los escribanos de cámara del Consejo, pues se mandaba con la misma generalidad y cláusulas indefinidas que se les entregasen los autos originalmente, fué conveniente y necesaria la declaracion que hizo el Consejo en el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2. (Ley 24. tit. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.) que es como se observa; pero trae graves daños á la causa pública en la retardacion de la justicia y en los mayores gastos de las partes; pues si éstas lo toman para formalizar ó reproducir sus pretensiones en aquella segunda instancia, pagan los derechos de tiras de todo el proceso, ó la mitad de ellas cuando no usan de los autos; y piden que desde luego pasen al relator para que forme el apuntamiento, que es otro nuevo gravámen en los derechos y en la dilacion; el cual repetido por los muchos procesos que en estos tiempos exceden de los mil ducados forma un objeto muy digno de la atencion y sabiduría del Consejo.

13 El público desearia que el mismo Consejo lo tomase en consideracion para precaver ó enmendar unos males tan conocidos, acordando para ello los medios mas oportunos, y consultándolos con S. M. si fuese necesario.

14 A mí se me ofrecian para este efecto algunos caminos muy conformes á la razon y á la equidad de las leyes, atendidas las circunstancias de los tiempos presentes. La citada *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2. (Ley 3. tit. 2. lib. 4. de la Nov. Recop.), que es del señor Don Felipe II., año de 1583, señala la cantidad hasta cincuenta mil maravedis, para que la apelacion de las sentencias, que dieren los alcaldes, pueda ir á los dos que estaban señalados para este encargo: la 17. *siguiente* extendió la apelacion de los mismos negocios á cien mil maravedis: la 18. *cap.* 3. *del prop. tit. y lib.* (Ley 3. citada), repite la misma cantidad, y añade dos cosas: una que el presidente del Consejo nombre al principio de cada mes dos alcaldes, que conozcan en apelacion de las causas, que hubiesen determinado los otros tres alcaldes hasta en cantidad de los dichos cien mil maravedis; y la otra que igualmente conociesen en apelacion de las que determinare la justicia ordinaria de Madrid, no llegando á dichos cien mil maravedis. Y en 9 de Setiembre de 1750, se amplió la cantidad, de que podian conocer en apelacion los dos alcaldes que formaban la saleta, á trescientos mil maravedis.

15 Siguiendo pues los ejemplares referidos, y otros muchos que se hallan en las leyes, podria aumentarse á mayores cantidades el conocimiento de los alcaldes de apelaciones, y con mayoría de razon en las actuales circunstancias; pues en lo antiguo se confiaba la determinacion de esta segunda instancia, que hacia cosa juzgada, á solos dos alcaldes; y ahora conocen las dos salas por el turno señalado en la real cédula de 19 de Abril del año de 1785.

16 Con proporcion á la cantidad que se acordase y señalase en las apelaciones, de que puedan conocer las dos salas de corte, se deberá señalar la de los negocios, cuyas apelaciones hayan de ir al Consejo, y puedan los escribanos de provincia hacer relacion de ellos; y la tercera clase se formará de los de mayor interes, y en estos negocios se podrá verificar su entrega en las escribanías de cámara del Consejo para los fines explicados en el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2. (Ley 24. tit. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.).

17 Esta es la regla que ahora se observa por efecto del referido *auto*, y la misma que deberia observarse sin otra diferencia que la que pueda recibir por el mayor interes de la causa; y así se templaria el daño del público y de las partes por el menor número de los negocios que llegarian á entregarse en las escribanías de cámara del Consejo.

18 Los escribanos del número hacen relacion en las apelaciones, ya vayan á la sala de corte ó al Consejo, de los autos que han determinado el cor-

regidor ó sus tenientes sin diferencia alguna en el interes de ellos; y esta facultad absoluta se atribuye al real privilegio, que les concedió el señor Don Felipe IV, en 9 de Junio de 1636, el cual contiene tres partes: una que las escrituras de fundaciones de mayorazgos, ventas y cualesquiera otras de perpetuidad se otorguen precisamente ante los mismos escribanos de número: otra que las apelaciones de las causas civiles y ejecutorias seguidas ante los mismos escribanos del número, que hasta entonces iban á las chancillerías de Valladolid, fuesen de allí adelante al Consejo, y se feneciesen y acabasen en él, de cualquier calidad y cantidad que sean; y la tercera parte se contiene en la siguiente cláusula: «Haciendo relacion vosotros en él, como los de Provincia, con que por esto no sea visto hacer novedad en los pleytos de menor quantía, que tocan á la Saleta de los Alcaldes de mi Casa y Corte.»

19 Si se observa la referencia que hace este privilegio de que los escribanos del número hagan relacion en el Consejo como los de provincia, parece que debian ser iguales en todos los negocios, y que la disposicion de cualquier calidad y cantidad que sean, debia reducirse al artículo de que no fuesen estos negocios á la chancillería, y se acabasen en el Consejo.

20 Tambien se observa en el citado privilegio que antes de él hacian relacion los escribanos de provincia en el Consejo de las causas que determinaban los alcaldes por sus oficios; y parecia que no debian quedar de peor condicion que los escribanos del número, especialmente atendida la comparacion y referencia indicada.

21 Si alguna de las partes pide en el Consejo que los escribanos del número entreguen los autos apelados en las escribanías de cámara, lo manda así el Consejo «con la calidad de por ahora, y sin perjuicio del privilegio, y de los derechos del escribano del número.» Esta providencia se toma con un ligero exámen á consecuencia de real órden comunicada al Consejo por punto general en el año 1755, por la cual mandó S. M. que siempre que alguna de las partes pidiese que el escribano del número entregase los autos en las escribanías de cámara, lo mandase así el Consejo.

22 Yo seria de dictámen que se defiriese rara vez á la enunciada pretension, representando á S. M. los grandes perjuicios que causa el cumplimiento de dicha real órden y la práctica del Consejo; y son los mismos que se han indicado en la entrega que hacen los escribanos de provincia; pues cuando los del número diesen justo motivo á las partes para desconfiar de su relacion, ó la entidad de la causa exigiese que el apuntamiento se hiciese y concertase con citacion de las mismas partes, seria esta diligencia menos costosa y mas expedita, haciéndose por el mismo escribano del número, ó por otro á quien se mandasen pasar los autos, para que hiciese relacion de ellos por sí solo ó en calidad de acompañado.

23 La experiencia hizo conocer el abuso con que dilataban las partes la ejecucion del decreto del Consejo, por el cual se mandaba que los escribanos de provincia y número fuesen en sus casos á hacer relacion de los autos en que se habia apelado; y para precaver los perjuicios que resultaban de la malicia de algunas de las partes, acordó el Consejo las oportunas providencias en 13 de Setiembre de 1730, que es el *auto* 18. *tit.* 8. *lib.* 2. (Ley 27. tit. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.): en 16 de Noviembre de 1746: 23 de Mayo de 1755, y 12 de Junio de 1776; y no habiendo llenado todo el objeto que deseaba el Consejo, mandó la sala de provincia, en 20 de Octubre de 1783, que el escribano de cámara, á cuyo cargo corresponda el despacho de la apelacion, extienda el decreto siguiente: «Informe el escribano originario de los autos el asunto sobre que es el pleyto, si excede ó no de la cantidad de trescientos mil maravedis, ó de los mil ducados prevenidos en el *auto acordado* 11. *tit.* 8. *lib.* 2. (Ley 24. tit. 1. lib. 4. de la Nov. Recop.): si la providencia de que se apela es difinitiva ó interlocutoria, ó si siéndolo

»trae gravámen irreparable; y si fuere »de concurso, si está ó no hecha la »graduacion de todos los acreedores: »si el juez que conoce de los autos lo »hace como ordinario ó en virtud de »comision: por quién está dada, y pa»ra dónde se reserva la apelacion.»

24 El fin de la providencia antecedente es precaver que las apelaciones se distraigan de los tribunales adonde correspondan, ó de los medios por donde deben ir; pues sucedia algunas veces que vistos los autos en la sala de provincia, se hallaba que debia ir la apelacion á los dos alcaldes ó á la sala segunda, y ahora á una de las dos salas por el turno indicado, retardándose la administracion de justicia con daño de las partes, excitándose tambien dudas entre los interesados sobre si los escribanos de provincia debian entregar los autos, ó hacer relacion de ellos, á todo lo cual se ocurria por el informe precedente.

25 Admitida la apelacion se manda en el citado auto de 9 de Octubre de 1783 que la parte que apeló ponga dentro de seis dias en poder del escribano actuario el decreto del Consejo con las citaciones necesarias; y pasado dicho término sin haberlo ejecutado, se declara por desierta la apelacion, y que el juez, que conoce de los autos, prosiga en ellos como hallare por derecho [37].

26 En los de concurso de acreedores, cuyas apelaciones, por exceder del interes de los mil ducados, corresponden al Consejo, hacen relacion siempre los escribanos de provincia, salvo que se haya dado sentencia difinitiva graduando todos los acreedores. Esto es lo que dispone el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2. (Ley 24. tit. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.); y es la razon, porque no estando acabado el pleito, los autos que dan los alcaldes se consideran interlocutorios, y hasta que se concluye la graduacion, no deben entregarlos los escribanos de provincia.

27 Puede tambien apelarse ante los mismos alcaldes y tenientes que dieron las sentencias, presentándose despues al Consejo ó á las salas de corte para mejorarlas en la forma que se ha explicado. De este medio usan muchas veces las partes como mas breve para detener la ejecucion de las sentencias, y que no se declare haber pasado en cosa juzgada; y así sin esperar testimonio de la apelacion la mejoran, y tienen los autos su curso en la forma y términos explicados.

28 La sentencia del Consejo y de las salas de corte, confirmando ó revocando las dadas por los alcaldes ó tenientes de Madrid, causan ejecutoria de cosa juzgada, segun lo dispuesto en la *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. *ibi* (Ley 1. tit. 6. lib. 4. de la Nov. Recop.): «y que las apelaciones de los Alcaldes »de la nuestra Casa, y Corte, de cau»sas civiles, porque los pleyteantes no »sean fatigados con gastos, queremos »que vayan ante los del nuestro Con»sejo, estando en el lugar, donde el »tal negocio se determinare; y lo que »por ellos fuere visto, y determinado, »sea avido por grado de revista:» *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2. *ibi* (Ley 3. tit. 28. lib. 4. de la Nov. Recop.): «y »siendo los dos Alcaldes de un vo»to, y parecer, se pronunciará la sen»tencia en conformidad de lo que acor»daren; y de ella se librará manda»miento ejecutorio, sin que aya lu»gar á apelacion, ni reclamacion, ni »otro recurso alguno:» *aut.* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi* (Ley 21. tit. 26. lib. 11. de la Nov. Recop.): «la sentencia que en él »se diere, confirmando, ó revocando, »acabe el negocio, como si fuese ape»lacion de Alcalde de Corte:» *ley* 18. *tit.* 6. *lib.* 2. (Ley 5. tit. 28. lib. 4. de la Nov. Recop.)

29 El mismo efecto causan las sentencias del Consejo, confirmando ó revocando las que por comision particular de este supremo tribunal haya dado algun ministro de él en primera instancia: *aut.* 7. *y* 26. *tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 14. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.)

30 Con presencia de las leyes y autos acordados referidos, y de los repetidos ejemplares en que por un efecto de la real clemencia de S. M. se mandaban abrir los juicios, y que se examinasen nuevamente los pleitos

que se habian determinado en apelacion por sentencia de la sala de provincia, representó esta al rey los perjuicios que padecia el público, y eran dignos de enmendarse; y en su vista, y de lo que consultó el Consejo pleno en 27 de Febrero de 1773, se sirvió S. M. resolver lo siguiente: «Que se admitan las súplicas de las sentencias de »la Sala de Provincia para revista, en los »casos en que sean suplicables, conforme »á la calidad y naturaleza del juicio: »que si las tales sentencias de vista »fueren confirmatorias de toda confor»midad de las del Juez inferior, ponga »el Consejo la calidad de que se execu»ten sin embargo de suplicacion; y »que no se dé licencia para suplicar, »sino en los pleytos muy grandes y »dudosos, ó en que las nuevas prue»bas, que puedan ofrecer las partes, »hubieran de variar las determinacio»nes; y siempre que tuviere lugar la »instancia de revista, pasarán los au»tos á la escribanía de Cámara, y al »relator, y se substanciarán en la for»ma que el Consejo acostumbra en las »demas Salas, y sus respectivos nego»cios de justicia.» [38].

31 Esta real resolucion se publicó en el Consejo, y se mandó cumplir y expedir real cédula en 21 de Setiembre de 1783, la cual en su primera parte reduce á las reglas del derecho comun las apelaciones que de las sentencias de los alcaldes y tenientes van á la sala de provincia del Consejo, haciendo suplicables las que diere en vista la misma sala; y si por la calidad y naturaleza del juicio no recibiesen la súplica, deja correr las disposiciones de las leyes, pues solo quiere dispensar la 20. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Rec.* (Ley 13. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.), removiendo el inconveniente que producia la primera sentencia de la sala de provincia por haberla graduado en la clase y con efectos de revista.

32 Si la sentencia del Consejo confirmare en todo la de primera instancia, se manda ejecutar sin embargo de suplicacion. Esta calidad, que se manda imponer en las sentencias confirmatorias, no excluye enteramente la súplica; pues la deja pendiente del arbitrio y resolucion de los ministros que dieron la sentencia, arreglándose á las circunstancias que señala la misma real cédula, «de que los pleytos sean »muy graves y dudosos, ó en que las »nuevas pruebas, que puedan ofrecer »las partes, hubieran de variar las de»terminaciones.» Este arbitrio indefinido que se permite á los jueces para graduar «de graves y dudosos los pley»tos,» en que deban dar licencia para suplicar, ofrecerá muchas disputas y recursos entre las partes, y obligará con el tiempo á que se exprese y señale el interes del pleito para que se tenga por grave y reciba desde luego la súplica de la sentencia del Consejo [39].

33 La prueba de las dos proposiciones antecedentes, se debe tomar de lo que acreditó la experiencia en otros casos iguales. La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Rec.) permite suplicar segunda vez de la sentencia de revista de las chancillerías, «si los tales pleytos fueren muy »grandes, ó de cosa ardua;» y como esta indefinida y general expresion ponia en duda á los jueces que debian admitir la segunda suplicacion, viéndose muchas veces en contradiccion para determinar la cantidad suficiente para que tuviese lugar la segunda suplicacion, fué preciso para remover los inconvenientes y perjuicios, que por largo tiempo se experimentaron, que los señores reyes católicos declarasen en la *ley* 7. *del prop. tit.* 20. *libro* 4. (Ley 4. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) que la cantidad y estimacion del pleito debia ser como las mil y quinientas doblas de cabeza de que habla la dicha *ley* 1.

34 Igual efecto de contradiccion y perjuicios han sufrido todas las causas que con respecto á sus términos se han confiado al arbitrio de los jueces, viniendo por esta razon á ser necesario que las leyes lo señalen.

35 En la ley primera que se ha referido, se manda que el que ha de suplicar de la sentencia de revista pueda hacerlo dentro de veinte dias para ante S. M.; y como en esta segunda parte no señala término en que

deba presentarse ante el rey, y proceda con la misma omision la *ley* 2. *siguiente* (Ley 7. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.), fué preciso que en la 4. *del prop. tit. y lib.* (Ley 2. titulo 22. libro 11. de la Nov. Recop.) se determinase y señalase el de cuarenta dias, para que dentro de ellos cumplan las partes con presentarse ante S. M.; y con el propio fin se ampliaron á noventa para las audiencias de Canarias y Mallorca por la *ley* 16. *del referido tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 3. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.)

36 El *auto acordado* 10. *tit.* 19. *libro* 4. (Nota 3. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) trata de la licencia para suplicar, cuando las audiencias y chancillerías ponen á sus sentencias de vista la calidad de que se ejecuten sin embargo de suplicacion; y refiriendo que ademas de pedirse la licencia en la misma sala adonde pasó el pleito, precedia la visita de ceremonia y urbanidad á los ministros que acordaron «el »ejecútese sin embargo,» se abolió esta visita de urbanidad, y se mandó que no se hiciese, ni admitiese por real resolucion de S. M., motivada sobre consulta y representacion del señor conde de Aranda, de la cual se formó la real cédula de 28 de Junio de 1770, reduciendo las diligencias de la parte, que pide licencia para suplicar, á que lo haga en la misma sala adonde pende el pleito; y vendria á ser ilusoria esta instancia, si la calidad que se impone á la sentencia de que se ejecute sin embargo de suplicacion, la excluyera enteramente.

37 El efecto único que produce la insinuada calidad de que se ejecute sin embargo, impuesta en la sentencia de vista, siendo conforme en un todo á la dada en primera instancia, consiste en que se ejecute, y que siga despues su justicia en la instancia de súplica.

38 Esta ejecucion se hace con la condicion de revocable, como la misma sentencia de vista, y revocándose esta por la de revista, se repone la ejecucion en todas sus partes. Con este conocimiento se ofrece la duda de si á la ejecucion de la sentencia de vista y entrega de las cantidades ó bienes en que fuere condenada la parte por las dos enunciadas sentencias, ha de preceder fianza de la otra, á cuyo favor estan dadas dichas sentencias, obligándose á volver las cantidades y bienes que recibiese con sus intereses y frutos en el caso de revocarse la sentencia de vista.

39 La citada real cédula de 21 de Setiembre de 1783 no previene que preceda, ni se dé fianza en la ejecucion de la sentencia de vista del Consejo, siendo conforme de toda conformidad con las dadas en primera instancia por los alcaldes ó tenientes; y teniendo la parte á su favor la letra de la misma ley y la grande autoridad que forman las dos sentencias en prueba de su buen derecho, pretenderá que se la exonere de la obligacion de afianzar, que las mas veces es embarazosa y gravosa por no hallar persona que quiera afianzar con bienes suficientes; y si algunas lo hacen, es á mucha costa de la parte, gratificando á los fiadores el riesgo á que exponen sus bienes.

40 Por otras consideraciones no menos poderosas que las antecedentes pretenderán los que han de entregar los bienes ó cantidades, en que fueron condenados por las dos sentencias conformes, que se asegure su restitucion con fincas suficientes para el caso que se revoquen las sentencias por la de revista, á cuyo fin recordarán en justificacion de su intento las muchas leyes que en casos semejantes mandan afianzar la restitucion de lo que reciben.

41 La *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 5. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) dispone y manda: «Que dadas dos senten»cias conformes sobre la posesion, no »aya lugar suplicacion con la fianza de »las mil quinientas doblas, ni otro re»curso, ni remedio alguno, y que se »executen, dando primeramente aquel, »en cuyo favor se dió la sentencia, »caucion de fianzas suficientes ante los »Jueces, que dieron la segunda senten»cia á su contentamiento, para que, si »fuere condenada la parte, en cuyo »favor se executa, en la causa de la

»propiedad, restituirá las cosas de que »así fuere fecha execucion, y le fueren »entregadas.»

42 Si las dos sentencias conformes, de que habla la ley, acaban el juicio posesorio, y sin embargo no dan seguridad en los bienes que recibe, queriendo precaver con las fianzas las resultas del juicio de propiedad, que es diverso del anterior, y que acaso no se intentará por la parte que perdió la posesion; ¿con qué razon podrá defenderse que la sentencia de la sala de provincia, siendo conforme á la de primera instancia, se ejecute sin dar fianzas?

43 La *ley* 15. *del prop. tit. y libro* (Ley 18. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Rec.) dispone que «dos sentencias conformes »de toda conformidad se executen, y »aunque no sean de toda conformidad, »se executen en lo que fueren confor»mes, sin embargo de la dicha segun»da suplicacion, dando primeramente »la parte, en cuyo favor se dieren, »fianza á contento de los Jueces, de »quien se suplicare, que si la senten»cia de vista se revocare, volverá lo »principal con los frutos á la otra parte.»

44 Este es otro ejemplar que nace de dos sentencias mas autorizadas, que se han dado por el Consejo, chancillerías ó audiencias en pleitos que empezaron en los mismos tribunales, para que tenga lugar la segunda suplicacion; y sin embargo deben darse fianzas antes de ejecutarse dichas sentencias. Lo mismo se halla dispuesto para el propio caso en la *ley* 6. *tit.* 24. *Part.* 3.

45 La sentencia de remate es dada en los juicios ejecutivos sobre unas obligaciones y contratos, y compromisos ó sentencias, ú otras escrituras, confesiones ó conocimientos reconocidos, y que no se hayan debilitado en el término de la ley con excepciones probadas equivalentes, como se dispone en las *leyes* 1. 2. *y* 5. *tit.* 21. *lib.* 4. (Leyes 1. 2. y 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.); y sin embargo debe dar fianzas la parte, á cuyo favor se diere la sentencia, de que volverá la que recibiere en pago si se revocare, segun y en la forma que se dispone en la *ley* 19. con referencia á la 2. *del prop. tit. y lib.* (Ley 12. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.)

46 Las sentencias arbitrarias se mandan ejecutar, precedidas las fianzas que previene la *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. (Ley 4. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Rec.) Lo mismo sucede en los pareceres de los contadores conformes, siendo confirmados con sentencia del juez que de la causa conociere, como se manda en la *ley* 24. *del prop. tit. y lib.* (Ley 5. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Recop.)

47 Siguiendo tan repetidas y autorizadas disposiciones en casos semejantes al de la citada real cédula de 21 de Setiembre de 1783, parecia que las sentencias de vista de la sala de provincia, siendo confirmatorias de toda conformidad de las del juez inferior, se deberian ejecutar sin embargo de suplicacion precedidas las fianzas indicadas para el mismo fin que se expresa en las citadas leyes.

48 Aunque para ejecutarse las sentencias de vista de la sala de provincia, se dice en la citada real cédula que deben ser conformes de toda conformidad, podrá tambien dudarse si aunque no lo sean de toda conformidad se ejecutarán en lo que fuesen conformes, siguiendo lo dispuesto en la enunciada *ley* 15. *tit.* 20. *libro* 4. (Ley 18. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Rec.), y la razon en que se funda, que se reduce á este axioma: *Quod dicitur de toto quoad totum, dicitur de parte quoad partem.*

49 En la cláusula que limita la licencia para suplicar á los pleitos muy graves y dudosos, se contiene el caso siguiente: «O en que las nuevas prue»bas, que puedan ofrecer las partes, »hubieran de variar las determinacio»nes.» Esta disposicion puede verificarse en cualquiera pleito, aunque no sea muy grave y dudoso, y así lo indica la disyuntiva con que se explica la real cédula; siendo suficiente para que se admita la súplica que las nuevas pruebas que puedan ofrecer las partes sean capaces de variar las determinaciones.

50 Es cierto que las súplicas y las apelaciones se dirigen entre otros fines

á enmendar los daños que experimentan las partes por su ignorancia y omision, como se expresa en la *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellationib.* y en la 4. *Cod. de Temporib. et repar. appellat.*; y de estos principios procede el axioma: *Non allegata allegabo; et non probata probabo;* de que hacen memoria nuestras leyes, señaladamente la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. (Ley 6. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Rec.) admitiendo pruebas de testigos sobre hechos conducentes á la causa, no siendo unos mismos ó derechamente contrarios á los que se propusieron, y probaron en la instancia anterior, para evitar el soborno de los testigos; y deja libertad para presentar instrumentos por no caer en ellos el recelo indicado.

51 Con mayor claridad se explicó en este punto la *ley* 2. *tit.* 19. *libro* 4. (Ley 2. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Rec.); pues suponiendo que se puede suplicar de la primera sentencia que dieron los oidores en pleito comenzado ante ellos, dice lo siguiente: «Que la »parte pueda alegar lo que no alegó, »y probar lo que no probó.»

52 En las enunciadas disposiciones pudo fundarse la citada real resolucion contenida en la cédula de 21 de Setiembre de 1783; y así inferia yo que para admitirse la súplica por el título de que las nuevas pruebas que puedan ofrecer las partes hubieran de variar las determinaciones, es necesario que en el mismo escrito de súplica expongan los agravios de la sentencia de vista, y los hechos positivos en que los funden, ofreciéndose desde luego á probarlos con testigos ó instrumentos; y si hallasen los jueces que probados en la instancia de súplica harán variar las determinaciones, podrán admitirla; pero si no los probasen en bastante forma, deben condenar necesariamente en las costas á la parte que suplicó, como se manda en la *ley* 27. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: «E si »fallare que el juicio fué dado dere»chamente, dévelo confirmar, é con»denar á la parte que se alzó, en las »costas, que su contendor fizo, segun »es costumbre de nuestra Corte.»

53 En las sentencias que da el Consejo en los pleitos que vienen á la sala de provincia por apelacion de las que han dado los alcaldes ó tenientes, se ha puesto la calidad de que se devuelvan, sin hacer diferencia de que los escribanos de provincia hayan hecho relacion de dichos pleitos, ó los hayan entregado á los de cámara del Consejo; pues en todos estos casos, ya se confirme, ó se revoque la sentencia de primera instancia, se expide la ejecutoria por el mismo juez, y por testimonio del escribano en cuyo oficio se empezaron los autos.

54 Esta práctica se halla observada constantemente, como autorizada por las leyes, y por la razon de ser la sentencia del Consejo como la de revista, y hacer cosa juzgada, faltando solamente la ejecucion de ella, la cual se remite al juez inferior.

55 Por la enunciada real cédula de 21 de Setiembre queda pendiente la sentencia del Consejo de la admision de la súplica, y parecia que no debia devolverse la causa hasta que se verificase si se suplicaba, y si se admitia ó despreciaba. Sin embargo entiendo que debe correr y adicionarse la sentencia primera del Consejo con la calidad de que se devuelvan los autos; pero el término, que se concediese para ejecucion y cumplimiento de dicha sentencia, no empezará á correr hasta que sea pasado el concedido para la súplica, ó que se declare no haber lugar á ella; pues si se admitiese, se suspende la ejecucion, ó se hace esta con calidad de rovocable segun la diferencia advertida de que la sentencia del Consejo confirme ó revoque la del juez inferior [40].

56 Estas son las principales observaciones que me ha parecido hacer sobre los artículos ó dudas que pueden excitarse en la citada real cédula; en donde no se hace memoria de las sentencias que dan las salas de corte en los autos, cuyo interes no excede de los trescientos mil maravedis, y deben correr con la misma graduacion, como si fueran de revista, y causar ejecutoria, ya revoquen, ó ya confirmen la de primera instancia, lo cual se observará inviolablemente entretanto que

se estime conveniente tomar algun nuevo temperamento en las sentencias de las dos salas de corte, semejante al que se ha dado para la sala de provincia; pues cuando por ser estos negocios de menor cuantía interese el público en que se acaben con la primera sentencia de las salas, siendo confirmatoria de la dada en primera instancia, es cosa dura que tenga el mismo efecto cuando la revoca, y serviria de mucho consuelo á la parte agraviada poder suplicar de la sentencia, y que se acabase el pleito con la de revista que diere la sala.

## CAPÍTULO VI.

### *Del remedio de adherirse á la apelacion y de sus efectos.*

1 En las leyes antiguas de los romanos fué desconocido este remedio de adherirse á la apelacion. Los que se consideraban agraviados por la sentencia de los jueces apelaban de ella para que el superior la enmendase; y si no lo hacian, ó no seguian la apelacion en los términos señalados, se entendia que aprobaban y consentian las sentencias, y pasando en autoridad de cosa juzgada acababan los pleitos, se ejecutaban, y no podian las partes impugnar ni reclamar lo juzgado, á que habian prestado su aprobacion y consentimiento.

2 De este medio ordinario en que está reputada la apelacion, de sus efectos, y de los que tiene la cosa juzgada, con lo demas que corresponde á esta materia, se trató de intento en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte.

3 El que no apela de la sentencia, aunque lo haga la parte contraria, la aprueba y ratifica, teniéndola por justa, y no puede venir contra su propio hecho impugnándola en el tribunal del juez superior; pues ha de ir consiguiente en pedir su confirmacion, defendiéndola, y removiendo las contradicciones y embarazos, que se opongan por la contraria.

4 El emperador Justiniano enmendó esta antigua legislacion, permitiendo á la parte que no apeló, que á consecuencia de la apelacion contraria pueda pedir en el tribunal superior que se reforme la sentencia del inferior en la parte que la considere gravosa y perjudicial. Esta es la novedad que hizo Justiniano en la *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*, cuyo literal contexto forma el asunto de este capítulo.

5 *Ampliorem providentiam* (dice) *subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, cum in appellationem auditoriis, is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte quæ hoc non fecisset, sententiam sequi* (*qualiscumque fuisset*) *compellenda. Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam, et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium. Sin autem absens fuerit: nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

6 Esta disposicion recibió toda la fuerza y autoridad de ley en el punto de su establecimiento y publicacion; pero la perdió con la decadencia del imperio romano, sin que desde entonces se pueda hacer uso de ella en la ordenacion y decision de los pleitos, por estar expresamente así declarado y prohibido desde las primeras leyes del Fuero Juzgo y por otras posteriores, como se reconoce en las *leyes* 8. *y* 9. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo*: en la 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.); y en los *aut.* 1. *y* 3. *del prop. tit. y lib.* (Ley 1. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.)

7 Yo no he hallado ley alguna entre las del reino que renueve, ni autorice en forma de ley la citada del emperador Justiniano, ni la citan los autores que tratan de intento de su inteligencia; y careciendo de este influjo y efectos, quedará reducida á una sentencia de sabios, como se explica el citado *aut.* 1. *tit.* 1. *lib.* 2. y la

*ley* 3. *del prop. tit. y lib.* (Ley 3. y 11. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.), y servirá únicamente de ilustrar los conocimientos de la justicia, y de observarse en cuanto se ayude por la razon y autoridad del derecho natural.

8 Con estas luces se deben mirar las opiniones de los autores, que han examinado difusamente la materia de la enunciada *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*, como lo hicieron Baldo y Bartulo en la exposicion á la misma ley: Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærend.*: Giurb. *decis.* 30. *n.* 24.: Salgad. *de Reg. part.* 3. *cap.* 16. *n.* 65.: Aceved. *á la ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *n.* 62.: Scac. *de Appellat. q.* 17. *limit.* 1. *n.* 50. *y* 51.; y *en la limit.* 21.: Lancelot. *de Attentat. p.* 2. *cap.* 12. *ampliat.* 12. con otros muchos que estos refieren.

9 Como la enunciada ley habla en general de la nueva gracia concedida á los que no apelan para que puedan mejorar su suerte en el juicio de apelacion, pidiendo que se reforme la sentencia en la parte que les haya sido perjudicial, y este uso no sea adaptable á todas las sentencias, es necesario explicar la ley, y señalar los términos en que pueda tener lugar.

10 Si el juicio, y la sentencia que es dada sobre él, contiene un solo artículo, en el cual obtiene sentencia favorable alguna de las partes, y la vencida apela de ella, el vencedor satisface todos sus oficios pidiendo la confirmacion; y en nada se opone, ni puede oponerse á lo juzgado por ser enteramente á su favor; y este medio reducido á la sencilla y natural defensa de la sentencia, á cuyo fin remueve las contradicciones y embarazos que pone la parte apelante, procede de la antigua legislacion, sin necesidad de aprovecharse de la ampliacion ó nueva gracia concedida por el emperador Justiniano en la citada *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*: porque no es necesario recurrir á los medios de gracia extraordinarios ó subsidiarios, cuando los comunes y de justicia proveen cumplidamente de oportuno remedio.

11 Cuando los capítulos de la sentencia tienen relacion y conexion precisa por el órden y dependencia respectiva, aunque sean muchos forman uno solo, y corre en ellos la regla establecida en el anterior: porque la apelacion de la parte que fué vencida traslada al juez superior el conocimiento de toda la causa y de la sentencia; y pidiendo la otra parte su confirmacion, logra por este medio ordinario todo su deseo sin necesidad de recurrir á la nueva gracia y providencia, que se introdujo á favor de aquellos que necesitasen que se reformase la sentencia en alguna parte que les era perjudicial, y no podian solicitarlo ni lograrlo en la instancia de apelacion por no haberla interpuesto, si no se auxiliaban de la que interpuso la parte contraria; que es en lo que consiste la nueva gracia ó beneficio que les concedió Justiniano.

12 Reduciendo á este último caso su providencia, y examinando la razon en que se funda, y la utilidad pública que traiga consigo (que son los dos principios de que debe estar acompañada la opinion de los autores, en cuya clase queda la citada *ley* 39. segun se ha demostrado), parecia que faltaban enteramente las causas de su justificacion y utilidad, y que debia cesar la providencia indicada, siguiéndose lo establecido en las leyes antiguas que la precedieron, porque en ellas se favorece á los diligentes, que usan de apelacion para enmendar el agravio que conciben en la sentencia; pero los que no se consideran perjudicados, ó se abandonan á la inaccion de no apelar del agravio, abusan y desprecian el favor de la ley, y no deben aprovecharse de otro algun auxilio extraordinario, recurriendo á la misma ley.

13 La omision de no apelar induce una aprobacion y consentimiento de lo juzgado; y parece cosa indigna y torpe impugnar y reclamar sus propios hechos, diciendo que la sentencia es injusta y perjudicial en alguna parte.

14 La misma aprobacion y consentimiento, que induce el hecho de no apelar en tiempo, es tan eficaz y poderoso que lleva la sentencia á cosa juz-

gada, y se procede á su ejecucion, acabándose el pleito en la parte en que no es apelable la sentencia, que es el fin de tanta utilidad pública, en que se interesan todos los derechos; y no es justo que contra estas intenciones mude la suya la parte que no apeló, renovando el pleito en la instancia de apelacion, en cuanto se opone á lo juzgado y pide su enmienda.

15 La apelacion, que se interpone por alguna de las partes, es esencialmente limitada al gravámen que siente y motiva; pues en lo que no lo concibe, ni lo hay, no procede la apelacion, y falta todo su fundamento; y aunque se quiera extender por la misma parte apelante á los capítulos en que la sentencia le es favorable, no estaria en su arbitrio hacerlo, ni en el del juez recibirla, debiendo despreciarla como frívola y calumniosa contra los fines de su institucion; viniendo á deducirse de estos principios la regla de que solamente se devuelve al juez superior la parte de la sentencia que se apeló, quedando la restante, cuando es diversa, acabada con la autoridad de cosa juzgada, en lo cual se interesa desde aquel punto el derecho del que litiga, á cuyo favor fué dada la sentencia, y no debe ser despojado de él por la mutacion posterior de voluntad, que haga la contraria en la instancia de apelacion.

16 Aunque los fundamentos expuestos inclinan poderosamente el juicio á la opinion antecedente, concurren otros mas superiores para que se deba mantener la citada disposicion y ampliacion de la *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*: porque la parte, que no apela de la sentencia en algun artículo que la perjudica, se acerca mas al espíritu de las leyes, que desean la brevedad y fenecimiento de los pleitos; pues en cuanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos fines con el hecho y deliberacion de no apelar, tomando á mejor partido sufrir el daño, que le causa la sentencia, que el perjuicio de continuar el pleito, y el que padeceria la causa pública con los mayores gastos y dilaciones, molestando á los jueces y tribunales superiores.

17 La apelacion de la parte contraria deja frustradas las intenciones de la que por aquellos justos respetos no apeló; pues obliga á la otra á seguir la causa, la priva de su tranquilidad y sosiego, y no la deja emplearse en otros negocios de interes particular y público; y no seria justo el que quedase engañada y expuesta á perder lo favorable que habia logrado en la sentencia, y que no pudiese mejorarla en lo que la habia sido perjudicial; en cuyo caso vendria á ser de mejor condicion la parte que con su apelacion dió fomento á la dilacion del pleito, que la que intentaba fenecerlo, aunque fuese á costa del gravámen que la irrogaba la sentencia.

18 El hecho de no apelar induce una aprobacion presuntiva de la sentencia, ya sea por no considerarla gravosa, ó por acomodarse á sufrir el perjuicio que irroga con el fin de evitar otros mayores en la continuacion del pleito. Cuando la parte apelada se adhiere á la apelacion contraria, explica su voluntad, y declara que el no haber apelado de la sentencia, no fué porque no la concibiese gravosa, sino por la otra causa insinuada de querer lograr su tranquilidad, y redimirse de otros gastos mayores, acabando el pleito con aquella sentencia; pero que faltando esta condicion ínsita y natural y el recomendable objeto de sus intenciones, no debia tener lugar su consentimiento tácito y presuntivo, y sí ponerse en libertad para gozar del justo auxilio que para este caso le concede la ley, sin que se entienda que impugna y contradice lo que una vez aprobó y consintió: porque su consentimiento no fué absoluto y expresivo, ni determinado á reconocer la justicia de la sentencia; y variándose estas circunstancias, no es adaptable la disposicion de las leyes, que obligan á estar y pasar por lo que una vez se aprobó y consintió; antes bien la variacion de circunstancias y la mutacion de las causas ponen el asunto en caso muy diverso, y por tanto puede con libertad usar de los auxilios que no ha renunciado.

19 Si en el caso propuesto de ser la sentencia en parte favorable y en parte adversa sobre diversos capítulos, no fuese recíproca la esperanza de mejorar su justicia en la instancia de apelacion, cuando alguna de ellas la interpusiese, se prepararian todas las partes con la apelacion respectiva al capítulo que fuese contrario en la sentencia, para no quedar expuestas á que en el caso de apelar alguna de ellas trasladase al superior el conocimiento limitado al artículo de su apelacion, quedando el de las otras partes ejecutoriado por la autoridad de cosa juzgada, sufriendo en estas circunstancias los gastos y molestias del juicio de apelacion con riesgo de perder lo que habia ganado en la sentencia anterior, y sin esperanza de mejorar su justicia en lo que por ella le habia sido perjudicial. Este medio, en que se repetian las apelaciones, produciria mayor dilacion en las causas, comprometiéndose las partes en seguirlas por la desconfianza que cada una tendria de que con la apelacion de la otra, sino usaba de la suya tambien en tiempo oportuno, quedase destituida del auxilio de la mejora de su derecho en la parte que no le habia sido favorable, concluyéndose por todas estas reflexiones que es mas ventajoso el auxilio que dispensó el emperador Justiniano en la citada *ley* 39. *Cod. de Appellat.*

20 El no apelar de la sentencia en alguna parte, que no sea favorable al que no apela, no induce en este positivo desprecio del beneficio y auxilio de la ley; pues como son dos los que franquea para lograr el mismo fin de su natural defensa, uno que consiste en la apelacion propia, y otro en adherirse á la que interponga la contraria, se reserva el usar de este último por ser mas acomodado á la brevedad y fenecimiento de los pleitos, y á manifestar la intencion de acabarlos aun á costa del gravámen que concibe en la sentencia, y pretende despues probar en el juicio de apelacion.

21 En este juicio de apelacion y en todas las instancias es muy recomendable la igualdad y equidad entre las partes; y estas y el juez deben buscar, como único objeto de sus intenciones, la verdad y la justicia por los hechos del proceso sin embarazarse en la solemnidad y sustancia del orden de los mismos juicios, como se encarga y repite en la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.), y en la *Autént. Qui semel. Cod. Quomodo, et quando judex sententiam proferre debeat*: ibi: *Judex auditis allegationibus præsentis, et perquisita veritate, pronuntiet*, y en otras muchas que se han referido en estas *Instituciones.* Y hallando el juez de apelacion la verdad y justicia, y que no está atendida por el inferior en su sentencia, no debe tolerar que corra la iniquidad, y toca inmediatamente á su oficio enmendarla y reformarla á cualquiera insinuacion de la parte, supliendo lo que haya faltado en la solemnidad ó sustancia del orden judicial, como se explica en la citada *ley* 10. y se contiene al propio intento en la 39. *Cod. de Appellat.*; pues distinguiendo las partes que estan presentes y las ausentes, concluye con respecto á estas: *Sin autem absens fuerit: nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

22 Lo mismo se dispone en la *ley* 10. *Cod. Quando provocare non est necesse.* El caso de esta ley se reduce á que habiendo sido favorable á una parte la sentencia en todo lo principal que fué deducido en el juicio, no condenó el juez al vencido en las costas y perjuicios; y habiendo apelado de esta sentencia la parte que fué condenada en lo principal, no apeló la otra en cuanto omitió la condenacion de costas y daños; y sin embargo de no haber usado de este medio ordinario de la apelacion, dice la ley que si los jueces entienden y conocen que debe ser condenada la parte que apeló en las costas de la primera instancia, deben hacerlo: ibi: *Si perspexerint adjuvandum esse victorem sumptuum perceptione, etiam sine provocatione ejus, hoc statuentibus, et justam eorumdem sumptuum quantitatem definientibus.*

23 La opinion y doctrina que va referida acerca del caso en que la sen-

tencia contenga capítulos diversos y separados, logra su confirmacion en una parte por los autores que trataron de esta materia; pero se oponen en otra, como se observa en sus mismas opiniones.

24 Suponen dichos autores el mismo caso de que los capítulos de la sentencia sean separados y diversos: que en unos sea favorable, y en otros contraria respectivamente á las partes: que una de ellas apele, y no lo haga la otra; y en estos términos distinguen dos fórmulas: una si la parte que recibió agravio en uno ó mas capítulos, y en otros obtuvo favorable sentencia, apela de ella sencillamente sin restriccion ni moderacion alguna; y entonces dicen los referidos autores que esta apelacion indefinida devuelve al juez superior el conocimiento de todos los capítulos separados, así los que fueron contrarios al apelante, como los favorables, y que puede el apelado, aunque no haya interpuesto apelacion de los que le fueron adversos en la sentencia, usar del remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria, y pedir que se confirme en lo favorable, y revoque en lo perjudicial, debiendo el juez hacerlo así, si hallase fundada su pretension en justicia.

25 Así se explican en este artículo con uniforme dictámen los referidos autores: Scac. *de Appellat. q.* 10. *artículo* 2. *n.* 8. ibi: *Secus si una pars appellat simpliciter à sententia: quia tunc quamvis sententia contineat plura capítula separata, tamen appellatio simpliciter interposita devolvit in omnibus; et ideo altera pars non potest appellare: quia superflue appellaret. Et hæc est communis opinio, à qua non discedas.* Esto mismo repite en la *q.* 17. *limit.* 2. *n.* 100. ibi: *Quia illa simplex appellatio defertur ad omnia capitula, quamtumvis separata; ideoque devolvit totum negotium; et consequenter appellatus superflue interponeret eamdem appellationem: quia jam prima appellatio partis adversæ devolvit totum negotium.*

26 Del mismo modo se explica este autor en la citada *q.* 17. *limit.* 21. *número* 12., concluyendo con referencia á otros autores que la parte apelada puede adherirse á la apelacion simple, y mejorar su justicia en los capítulos separados que la fueron gravosos en la sentencia.

27 La contraria opinion funda y explica en los referidos lugares, cuando se apela con limitacion y restriccion á los capítulos que fueren contrarios en la sentencia, consintiendo los favorables; en cuyos términos asegura que si la otra parte no apelase de los capítulos separados que la son gravosos en la misma sentencia, no podrá adherirse á la apelacion contraria para solicitar que se mejoren y repongan. Esta es la explicacion literal que hace en la citada *q.* 10. *art.* 2. *n.* 7. *y* 8. y en la 17. *limit.* 2. *n.* 100. *vers. Secus est;* y en la *limit.* 21. *n.* 12. *in fin.*

28 Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 15. *desde el n.* 1. propone en los mismos términos la cuestion; y resuelve que la apelacion limitada á los artículos perjudiciales no devuelve todo el negocio al superior, concluyendo al *num.* 21., por una consecuencia en su dictámen necesaria, que el apelado no puede adherirse á la apelacion en los capítulos separados que le son gravosos; y recomienda para este intento la práctica de apelar con restriccion y limitacion de la sentencia en cuanto á los capítulos que sean perjudiciales, consintiendo los favorables: que la parte contraria no apele en tiempo, y que despues quiera valerse de aquella apelacion limitada para suspender el todo de la sentencia, y que se tenga por atentado y violento lo que se obrase en su ejecucion; pues reunidas estas circunstancias no da entrada al apelado para adherirse á la apelacion contraria en cuanto á los capítulos de que no apeló.

29 Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærendi cap.* 49. establece igual opinion; y todos la toman de Baldo, quien exponiendo la citada *ley* 39. *Cod. de Appellat.* pregunta si tendrá lugar siendo los capítulos separados, y responde que no: ibi: *Sed quid si diversa sunt capitula, numquid habet locum hæc lex? Respondeo, non:*

*quia separatorum nulla est conjunctio.*

30 Consideradas con sólida reflexion las razones en que intentan fundar su opinion los autores que se han referido, y otros muchos que sin discernimiento la siguen, no hallo en ellas aquella fuerza de convencimiento que obligue á acceder á su partido; antes bien me parecen mas débiles que las que van propuestas al principio de este capítulo en confirmacion de la genuina y clara inteligencia de la enunciada *ley* 39. *Cod. de Appellat.*; y se ampliarán ahora en mayor convencimiento de la enunciada opinion contraria.

31 La disposicion de la ley es indefinida y general sin restriccion ni limitacion alguna de que los capítulos de la sentencia sean ó no diversos; y así en la distincion que hacen los referidos autores, restringen las palabras de la ley, que deben entenderse llanamente, así como ellas suenan, y en su propia y natural significacion, como se dispone en las *leyes* 13. *tit.* 1. *Part.* 1., y 5. *tit.* 33. *Part.* 7.

32 Para traer á su intento la enunciada ley la interpretan y declaran; y en estos dos medios proceden contra aquellos principios, que dictan que no se debe distinguir cuando la ley no distingue, ni declarar ó interpretar sus palabras cuando sean dudosas: porque esta facultad es privativa del autor de la misma ley, como se ordena en la 14. *tit.* 1. *Part.* 1.

33 La diferencia que hay entre la opinion que forman los referidos autores, y la que yo propongo, consiste en que no convenimos en un principio esencial, y se reduce á que ellos entienden que la parte apelada solo puede oponerse á la sentencia, pidiendo se reforme en lo que no la sea favorable si se adhiriere á la apelacion de contrario interpuesta; y como estiman que esta adhesion es como un accidente que se ha de proporcionar y medir por la principal apelacion, limitando los efectos de ella á ciertos capítulos, es consiguiente en el dictámen de dichos autores que la adhesion como accesoria no tenga mas extension que la apelacion.

34 Yo entiendo que la disposicion de la citada *ley* 39. *Cod. de Appellat.* concede al apelado una facultad independiente y libre para usar de ella, oponerse á lo juzgado, y solicitar su enmienda en lo que le haya sido gravoso, interviniendo para esto una sola condicion reducida á que la parte contraria haya apelado proponiendo las causas de su apelacion; pues esto sirve para excitar y poner en movimiento el derecho de la parte que no apeló, dirigiéndolo entonces á los fines que explica la misma ley, sin que quede ligado á los capítulos de la apelacion contraria, sino extendiéndolo á todo lo que se disputó en el juicio, aunque haya sido en capítulos separados y procedentes de hechos y causas diversas.

35 La letra en lo dispositivo de esta ley se debe repetir aquí para llevarla á la vista: *Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus judicem per suum vigorem, ejus partes adimplere.*

36 En esta ley concede el emperador Justiniano de propio movimiento un beneficio general; y con solo este respecto debia entenderse en cualquiera duda con la mayor extension posible á favor de los agraciados. Este beneficio es de tal naturaleza que formando desde su orígen una regla de ley universal no se dirige á restringir el derecho comun sino á su dilatacion y ampliacion, protegiendo y favoreciendo la equidad y la justicia de los oprimidos, como se manifiesta en el principio de la citada *ley* 39. ibi: *Ampliorem providentiam subjectis conferentes*; y estos son otros respectos que hacen muy recomendable aquella disposicion.

37 Por esta disposicion se concedió un remedio subsidiario equivalente al ordinario de la apelacion, queriendo hacer igual al que apeló de la sentencia en lo que le era perjudicial, y al que por justas causas no apeló de ella

en la parte que le era gravosa; y como este no podia mejorar su derecho segun las constituciones antiguas, quedó habilitado por esta última para que lo promoviese; y esta correspondencia entre la apelacion y el remedio ó auxilio que presta aquella ley, debe producir igualdad en las partes.

38 Demuéstrase mas esta verdad consideradas aquellas palabras que dirige la ley á la parte que no apeló: ibi: *Habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit*; y concluye: *Et judiciale mereri præsidium*; pues las primeras ofrecen una libertad ó licencia indefinida para oponerse á lo juzgado, que no pueden admitir fácilmente restricciones en el uso de su derecho; y en las últimas se manifiesta el buen acogimiento que deben tener estas partes en el juez: ibi: *Et judiciale mereri præsidium.*

39 Y para no dejar duda en esta inteligencia excita la ley todo el oficio del juez á dispensar al que estuviese ausente los derechos que le correspondan, supliendo sus defensas: *Sin autem absens fuerit, nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

40 Los principales fundamentos que exponen los autores citados para sostener su opinion, se reducen á limitar el derecho y defensa de la parte que no apeló, á que solo pueda hacerla por un medio accesorio á la apelacion de la otra parte; y es de observar que en la referida *ley* 39. *Cod. de Appellationib.* no se distingue, ni se restringe la licencia y facultad de oponerse á lo juzgado al medio de *adherirse* á la apelacion contraria, ni hay tal palabra de *adherirse*, ni otra equivalente para significar que la parte apelada haya de seguir los límites de la que apeló, sin poder llevar por sí al juicio del superior todos sus derechos, que se produjeron y determinaron ante el juez inferior.

41 Pues si en la ley no hay tal voz de *adherirse* á la apelacion, ¿por qué se aseguran tanto en ella para deducir sus consecuencias? ¿No es visto que fué buscada por los mismos autores para significar con propiedad la inteligencia de la enunciada disposicion, y que debe acomodarse á ella?

42 Permítase el uso de la voz *adherirse*; pero no debe tolerarse que se reciba y entienda con impropiedad: porque *adherirse*, segun el Diccionario de la lengua Castellana, compuesto por la real Academia Española, es «unirse, arrimarse ó llegarse al partido ó dictámen de otro;» y esto es lo que con propiedad se verifica en el caso de la citada *ley* 39. *Cod. de Appell.*; pues el que apeló intenta que el juez superior alce y levante el gravámen que concibe haberle irrogado el inferior en su sentencia: el que no apeló, y usa del remedio subsidiario de la enunciada *ley* 39., solicita que el mismo juez superior alce y quite el gravámen que le causó el inferior en la misma sentencia, conviniendo los dos en el intento y pensamiento de mejorar sus derechos: porque no es de esperar, ni podia acomodarse, que el que se adhiere á la apelacion contraria solicitase todo el favor de ésta en perjuicio de la misma parte á quien se adhiere. En estos términos se explica oportunamente don José Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærendi cap.* 3. *desde el num.* 8.

43 Ya dejaba dicho en el *num.* 7. del propio capítulo que entre los muchos autores que habia reconocido no habia hallado definicion formal que explicase la esencia y partes de la *adhesion*, y procede á definirla en los términos siguientes: *Adhæsio est subsidiarium remedium ratione appellationis omissæ, quo idem, ac per appellationem, ei adhærens consequitur*; y concluye al fin que el que apela y el que se adhiere son de una misma condicion, como si hubieran apelado los dos.

44 Confirmase esta proposicion por los mismos autores que establecen la opinion contraria con la distincion que se ha referido, de apelar indefinidamente de una sentencia que contiene capítulos separados, ó apelar señaladamente de lo perjudicial, y consentir en lo favorable; pues en la primera fórmula va embebida la restriccion de la apelacion de los capítulos

gravosos, porque no tiene lugar en lo que no hay agravio; y como no hay diferencia entre la restriccion expresa y la tácita, debe tener igual efecto la adhesion en uno y otro caso.

45 Queda pues fundado por los medios y observaciones indicadas que todos los que litigan en cualquiera instancia, si se sienten agraviados en alguna parte de la sentencia, de que no apelaron en el término de la ley, pueden adherirse á la apelacion que interponga la contraria; y resultan al mismo tiempo demostrados los favorables efectos, que por este medio subsidiario concedió por via de regla y ley el emperador Justiniano en la citada *ley* 39. *Cod. de Appellation.*, que son las partes que se propusieron en este capítulo; en el siguiente se tratará del tiempo en que deben usar del enunciado remedio subsidiario, y del modo con que deben proponerlo.

## CAPÍTULO VII.

### *Del tiempo en que la parte que litiga debe adherirse á la apelacion contraria.*

1 Dije en el capítulo próximo no haber encontrado ley alguna entre las del reino que permita adherirse á la apelacion; y es consiguiente que no haya alguna que trate de señalar término para el uso de este derecho. Y siendo por otra parte conveniente y necesario determinarlo, así para que sepan los que litigan cuando deben usar de este beneficio, como para no dar lugar á que abusando de él conviertan en daño de la causa pública este mismo beneficio, dilatando con malicia los pleitos contra la intencion de las leyes, que tanto recomiendan su brevedad, he creido indispensable declarar en este capítulo un punto, que no tengo por de poco momento.

2 Con respecto á estos dos importantes fines se demostrará por razon, por autoridad y por el uso constante de los tribunales el tiempo preciso en que deben usar del auxilio y remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria.

3 La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) señala cinco dias para que aquel que se tuviere por agraviado pueda apelar, los cuales han de ser contados desde el en que fuere dada la sentencia, ó recibió el agravio, y llegare á su noticia: «y si así no lo ficiere, que »dende en adelante la sentencia, ó man»damiento quede firme.»

4 Este término es comun á todos los que litigan, y cualquiera puede consumirlo en deliberar y elegir si ha de usar de la apelacion, ó aprobar la sentencia; pero si la interponen todos, no tiene lugar el remedio subsidiario; y si lo hacen algunos al fin del término, faltará necesariamente al que quiera adherirse, y seria inútil é irrisorio para este fin. Ademas de que el colitigante podia aprovechar cualquiera momento que le quedase para adherirse á la apelacion contraria para interponer la suya; y teniendo en su mano este medio ordinario y principal, que llena mas cumplidamente la intencion de los que se tienen por agraviados, no permiten en estos casos las leyes que recurran á medios extraordinarios.

5 El remedio de adherirse á la apelacion contraria fué concedido á los que no apelan por la justa causa, que se ha insinuado en el capítulo próximo, de querer acabar los pleitos, aunque sea á costa del daño que les irroga la sentencia, compensando éste con las ventajas que consiguen en no litigar; y solo en el caso de no poder lograr este importante fin, y que obligue la parte contraria con el uso su apelacion á que la otra siga el pleito contra sus intenciones, llegó el momento en que puede usar del remedio subsidiario en propia defensa de todos sus derechos; y como la apelacion sola no la pone en la necesidad de seguir la instancia, falta la causa que excite el ejercicio del auxilio extraordinario de adherirse á ella.

6 El que apela debe presentarse al superior con el testimonio de la apelacion, que dispone la *ley* 10. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 20. lib. 4. de la Nov. Recop.), en el término que le señalare

el juez que dió la sentencia, ó en el que dispone la *ley 2. del prop. tit. y lib.* (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) Tambien es del cargo del apelante mejorar la apelacion llevando el proceso al superior, y emplazando á las partes con los términos que las señalare el juez de apelacion, ó los que estan determinados por las leyes; y en cualquiera de estos trámites que desista el apelante de su intencion, queda la sentencia firme y acabado el pleito, como se ha fundado en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte, y viene á lograr la parte que no apeló todos sus deseos; convenciéndose por todo que la apelacion forma una instancia incoada, que se va perfeccionando con los trámites sucesivos hasta llegar al emplazamiento de los interesados; y este es el punto en que por necesidad han de continuar el pleito, y pueden usar en su defensa de los auxilios que les conceden las leyes, siendo uno de ellos el de adherirse á la apelacion contraria para pedir que se reforme lo juzgado en los artículos que sean gravosos y perjudiciales.

7 Queda al parecer bien demostrado con las razones expuestas que los cinco dias que se conceden para apelar, ó extinguir con su curso el uso de este remedio, no corren al que quiera adherirse á la apelacion contraria, ni pierde este auxilio, aunque no use de él dentro de ellos; y que el primer punto en que puede empezar el término para adherirse es el último dia del emplazamiento.

8 Estas dos partes se prueban tambien por autoridad, considerando en primer lugar la que presenta la citada *ley 39. Cod. de Appellationib.*, que en su primera parte trata de los tribunales superiores que conocen de las causas que vienen á ellos por apelacion, y pueden enmendar la sentencia del juez inferior; lo cual hacian únicamente á instancia y en favor del que apelaba.

9 En la segunda parte, que es la dispositiva del remedio subsidiario de adherirse á la apelacion, sigue el mismo propósito, y permite su uso cuando el apelante viniese á aquel juicio, y propusiese las causas de su apelacion; y como estos dos pasos que deben preceder, y son propios del apelante, debe darlos en el tribunal de la apelacion, que puede conocer de la causa, examinar las que haya propuesto para justificar su apelacion, y enmendar la sentencia, empieza entonces la licencia que se concede á la contraria para que pueda oponerse á lo juzgado, que es el medio subsidiario de adherirse á la apelacion: *Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium.*

10 Por los mismos respectos se encarga á los jueces superiores de apelacion que cuando viniesen á ellos las causas en que se haya omitido por el inferior la condenacion de costas y daños, esten muy atentos á enmendar en esta parte la sentencia á favor del vencedor, aunque no apelase de ella. Esto es lo que dispone la *ley 10. Cod. Quando provocare non est necesse*; conviniendo una y otra para sus respectivos casos en que estos auxilios tienen su ejercicio y sus efectos en los tribunales de apelacion, cuando el que apela ha llevado á ellos los autos, ha mejorado su instancia, y ha emplazado para ella á la parte que no apeló.

11 La apelacion, que se interpone de juicio acabado, debe ser recibida por el juez, sin que sea necesario que la parte exprese los agravios ó causas de su apelacion, bastando que se tenga por agraviado, como se dispone en las *leyes 2. 13. 14. 18. y 22. tit. 23. Part. 3.*, y en las *leyes 1. y 3. tit. 18. lib. 4. Recop.* (Ley 1. y 23. tit. 20. libro 11. de la Nov. Recop.), referidas al propio intento en el capítulo tercero de esta segunda parte; y debiendo empezar el remedio subsidiario de adherirse á la apelacion despues de haber propuesto la otra parte las causas de su apelacion, se hace mas evidente corresponder uno y otro al tribunal del juez superior.

12 Don José Suarez de Figueroa

*en el referido tratado al cap.* 7. establece sólidamente que el derecho de adherirse á la apelacion no está limitado al tiempo en que debe interponerse la apelacion; y en el *cap.* 8. *siguiente* demuestra por las razones indicadas que puede y debe hacerlo el interesado ante el juez superior en el primer escrito que presente, respondiendo y contestando á la pretension del apelante, concluyendo con esta opinion al núm. 52., la cual confirma Pedro Gregor. *Syntagm. jur. part.* 3. *lib.* 50. *cap.* 2. *n.* 41 *ibi*: *Communior tamen est sententia, ut sufficiat adhaerere coram judice, ad quem provocatum est, ut adhaesio habeat vim ratihabitionis.*

13 Traidos los autos á expensas del apelante al tribunal del juez superior, los toma aquel, y propone los agravios que ha concebido en la sentencia del juez inferior, y las causas en que intenta justificarlos para que se enmienden.

14 De este escrito se da traslado á la parte que no apeló, y respondiendo á él se adhiere á dicha apelacion, pretendiendo que la sentencia se confirme en los capítulos que expresa, y le fueron favorables, y que se estime y declare por nula, de ningun valor, ni efecto, ó revoque como injusta en las partes que le fué perjudicial, señalándolas con ampliacion á la condenacion de costas omitida en la sentencia, y á las que se causaren en la instancia de apelacion.

15 Esta es la forma que observan las partes por uso y práctica comun de los tribunales: y por ellas se confirma ser este el tiempo preciso en que se debe usar del derecho y facultad de adherirse á la apelacion contraria, y oponerse en su consecuencia á lo juzgado en la parte en que lo considere gravoso, pidiendo se enmiende y reponga declarándola á su favor, segun y como lo pretende y solicita.

16 Si en este tiempo, que es el de la respuesta y contestacion á la pretension del apelante, redujese la suya á que se confirme la sentencia sin oponerse á ella en parte alguna, extingue el derecho de adherirse, y todos sus efectos; pues se entiende que lo renuncia, y que aprueba la sentencia enteramente sin que pueda despues variar su pensamiento.

17 Por todo lo expuesto se concluye que la razon, la autoridad y el uso constante de los tribunales han señalado el referido término para adherirse á la apelacion contraria; y que pasado sin ejecutarlo, excluye el derecho de adherirse, así como el señalado para apelar extingue este auxilio comun, y pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada.

## CAPÍTULO VIII.

### *De los terceros opositores.*

1 De los terceros opositores trataron en general y con diversos respectos muchos autores. El señor Covarrubias *en los capítulos* 13. 14. 15. *y* 16. *de sus Prácticas*: Salgado *de Regia part.* 4. *cap.* 8. *n.* 17.: Cancer. *Variar. part.* 2. *cap.* 16.: Scacia *de Appellation. q.* 5. *n.* 71. *y* 73. *q.* 12. *n.* 69. *y q.* 17 *limit* 6. *memb.* 4. *n.* 41.: Lancelot. *de Attent. part.* 2. *cap.* 12.: Suarez de Figueroa *de Jur. adherend. cap.* 9.: Paz *tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 4. y otros muchos.

2 Las dilatadas exposiciones, que sobre esta materia hacen los referidos autores con poco adelantamiento de unos sobre otros, traen dos daños muy notables á la causa pública: el uno consiste en el mucho tiempo que se ocupa en leer tan largas y copiosas disertaciones para recoger un corto número de proposiciones, que por repetidas y dispersas por diversos modos en casos particulares dejan poco segura y permanente la memoria de ellas, y se pierde con facilidad sin que se pueda hacer uso oportuno de sus resoluciones y doctrinas en los negocios que ocurren en los tribunales.

3 El segundo daño nace de la oscuridad y confusion que observan y notan los mismos autores citados. El señor Covarrubias *en el referido capit.* 13. *de sus Prácticas n.* 4. dice: *Caeterum ut haec materia, quae satis difficilem habet resolutionem, et prae-*

*ticis est admodum obvia, rectius examinetur*: Salgado *de Reg. part. 4. capit. 8. n. 56. ibi*: *His sic generaliter cognitis, ut ad speciales, et practicabiles casus deveniamus, cum altius requiratur examen, ut clarius elucescant, quæ apud Doctores satis confusa reperiuntur, in quatuor examinandas distinctas resolutiones dividam*; y al n. 59. repite: *Ad quas quidem resolutiones reducere poteris varias et dispersas Doctorum doctrinas, quæ nimiam aliter confusionem pariunt: et etiam doctos solent confusos reddere, et intrincare.* Cancer. *Variar. dict. cap.* 16. *n.* 5. propone la cuestion de si el tercero, que se opone al pleito, debe tomar la causa en el estado en que se halla; y antes de resolverla dice: *Istam quæstionem non satis aperte à Doctoribus* (*judicio meo*) *declaratam, sic resolvo*: Scacia *de appellat. q.* 17. *limitat.* 6. *memb.* 4. *n.* 46. *vers. Verum, ibi*: *Quia materia hujus extensionis est difficilis, et in judiciis admodum frequens, et tamen à Doctoribus non est, prout deberet, bene digesta; nam est de materia cap.* 17. *Cum super. de Sent. et re judicat. ubi.* Abb. *sub n.* 1. *scribit*: *Illam decretalem semper sibi visam fuisse difficilem, tum propter ipsius difficilem materiam, tum propter intricatum modum tradendi ipsam per commentatores*: *ideo operæ prætium me facturum existimavi, si pro mea tenui facultate nitar aliquid scribere ad tollendam obscuritatem, et intricationem, qua nostrates hac in re loquuti videntur*: *et quo facilius id consequar, procedam per subextensiones, declarationes, et restrictiones*: Suarez *de Jur. adhærendi cap.* 1. *n.* 9. *ibi*: *Ad hujus quæstionis exactam diligentiam, propter Doctorum confusionem, qui variè loquuntur, scire oportet.*

4 Si todos los referidos autores reconocen y confiesan la oscuridad, confusion é intrincacion con que hallaron escrita esta materia; y siendo su objeto ponerla en la debida claridad, no lo han conseguido, ¿en qué podré yo fundar la esperanza de que tenga mejor suerte la brevedad y claridad en este discurso práctico? Sin embargo propondré algunos medios, que me parecen nuevos y oportunos para reducir toda esta materia á reglas mas sencillas, de las que podrá hacer uso en los casos que ocurran.

5 El actor y el reo, demandador y demandado son dos partes esenciales de un juicio; al cual si viene otro litigante, componen el número de tres, y el último recibe con propiedad el nombre de tercero. El que se nombra, ya sea en calidad de perito, ya de juez para decidir la discordia, ó para mediar en el ajuste ó convenio entre dos, se distingue igualmente con el nombre de tercero; y del mismo modo se usa en el axioma lógico y matemático: *Quæ sunt eadem uni tertio, etc.*

6 Añádese al nombre de tercero el de opositor: porque la pretension del que viene al juicio se ha de oponer necesariamente á la del actor ó á la del reo, y á veces á las dos. En el primer caso se llama tercero opositor coadyuvante, y en el segundo excluyente. De uno y otro trataré separadamente por la notable diferencia que observo entre los dos en el intento de adherirse á la apelacion, que es el primitivo de este discurso, y en los demas efectos generales de asistir y venir al pleito, cuyo exámen servirá de preliminar necesario á la inteligencia y claridad de toda esta materia.

7 El que viene al juicio pendiente, y contestado entre otros, debe motivar y fundar su pretension en interes propio; pues si no lo tuviese, ó alegase á lo menos, aunque quisiera asistir y coadyuvar la instancia de alguno de los dos que litigan, no seria admitido al juicio, y se repeleria inmediatamente su intento á instancia de las partes ó por oficio del juez con las excepciones: *Sine actione agis*: *Tua non interest*: *Quoad enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.* Todas estas son excepciones anómalas, que usan los litigantes con frecuencia para no contestar las demandas, ó lo hacen en el progreso de la causa para elidir la pretension del actor. En el primer caso tienen estas excepciones el concepto de dilatorias, y en el segundo

el de perentorias; y producen su correspondiente efecto en ambos, como lo aseguran todos los autores, señaladamente Salgad. *de Reg. part.* 2. *capit.* 8. *n.* 90. *y siguientes*: Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *q.* 5. *n.* 26. *y* 27. ibi: *Inter exceptiones anomalas enumerari exceptionem solutionis, acceptilationis, præscriptionis, tua non interest, et si quæ sunt aliæ, quæ significant actionem actori non competere, vel sine actione agere, vel quod idem est, perempta actione agere.* Gutier. *Practicar. lib.* 2. *quæst.* 22. *num.* 17. comprueba estas proposiciones como un principio legal con la *ley* 1. *ff. de Appellationib. recipiend.*: *ley* 2. §. 1. *ff. Quando appellandum sit*; cuya disposicion se repite en el *canon* 3. *caus.* 2. *quæst.* 6.; y con la misma esencia de la accion, que consiste en lo que se debe ó pertenece; y faltando estos dos objetos no puede haber accion, ni se hallaria que pedir.

8 El interes, en que se funda el tercero opositor para venir al juicio, debe ser positivo y cierto en su existencia, aunque el ejercicio para recobrarlo esté pendiente de algun plazo que necesariamente haya de venir, pues la contingencia de que no naciese, ó se hiciese ilusoria la accion sin llegar al efecto de lo que se pretende en juicio, impediria igualmente su entrada y contestacion para no caer en la consecuencia, que tanto resisten las leyes, de que las providencias judiciales queden ilusorias, conviniendo todas por esta razon en que no se admita, ni forme juicio sobre los derechos futuros, como se expresa en la *ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3., y en la 11. §. *último ff. de Receptis qui arbit.*, y observó Molin. *de Primog. lib.* 3. *capit.* 14. *n.* 10., de lo cual traté mas largamente en el capítulo segundo, parte segunda, número octavo.

9 Aunque el interes en que deben fundarse los terceros opositores para venir, y ser recibidos al juicio pendiente, puede nacer de diversas causas, (cuyo particular exámen seria embarazoso, dilatado y confuso) conviene reducirlo por regla general á cuatro clases principales.

10 La primera clase es de aquellos terceros que tienen una misma accion *in solidum* ó la propia defensa, que con anticipacion han producido las partes que litigan. La segunda clase es de los que tienen su accion independiente y separada de la que han promovido las partes en el juicio pendiente, aunque la de estos y la del tercero procedan de una misma causa y orígen. En la tercera clase estarán los que tienen accion ó derecho de segundo órden, y quieren venir al juicio entablado ya por aquellos, á quienes toca en primer lugar el uso de la accion y defensa, que quieren coadyuvar por su propio interes los terceros opositores; y en la cuarta se comprenderán los que teniendo el primer lugar en el uso de la accion, ó de la defensa de lo que se disputa en el juicio, quieren venir al que han promovido los interesados de segundo órden, ya lo hagan con noticia de los primeros, ó ya sin ella.

11 Los que estan obligados *in solidum* á dar ó pagar á otro alguna cosa ó cantidad pueden ser demandados cada uno de ellos separadamente por el todo de la deuda á eleccion del acreedor; y en estas circunstancias puede venir á coadyuvar la pretension y defensa del reo que litiga el otro correo por el interes propio, que asegura en la libertad del que estaba litigando: porque la sentencia que contra éste se diere, haciéndola efectiva en sus bienes, perjudicará al otro obligado *in solidum*, aunque no haya litigado en la parte ó porcion que le corresponda, y procederá contra él aquel que la hubiere pagado, ya sea en uso de las acciones que le ceda el acreedor, ó ya por el oficio del juez.

12 Estas son las disposiciones que por equidad y por justicia han acordado las leyes, siguiéndolas uniformemente todos los autores, señaladamente la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3.; bien que en el modo y forma de contraerlas para que se entiendan *in solidum*, y en los respectivos efectos de su exaccion se han introducido por las leyes algunas variaciones.

13 Las leyes antiguas de los Roma-

nos no exigian palabras determinadas ni específicas, que manifestase la intencion de quererse obligar *in solidum*, teniendo por bastante para este efecto cualquiera otro medio equivalente, ya usando de la distributiva ó ya de la alternativa. Y de cualquiera de estos modos que se celebrasen los contratos, podia el acreedor ejecutar las obligaciones contra cualquiera de los reos, y tambien estaba en su arbitrio hacerlo á prorata contra cada uno de ellos.

14 Esto es lo que en las dos partes enunciadas disponen las *leyes* 3. *y* 4. *ff. de Duob. reis constituend.*, y explicó con solidez y claridad Vinnio sobre el *texto preliminar del tit. de Duobus reis stipulandi, et promittendi, n.* 2. *vers. Illud tenendum est*; y en el §. 1. *siguiente núm.* 1.

15 La *Novela* 99. *en su* §. 1. de donde se formó la *Auténtica: Hoc ita. Cod. de Duob. reis.*, introdujo dos especiales novedades: una reducida á que no se entendiese contraida la obligacion *in solidum* por ningun modo ni forma á no ser que expresamente dijesen los contrayentes que querian obligarse *in solidum:* otra que aun en estos términos no fuese ejecutiva la exacion de todo lo prometido contra uno de los correos, siempre que usase de la excepcion de que solo pagase á prorata, y que procediese el acreedor por la parte restante contra el otro obligado, salvo que alguno de ellos fuese insolvente, ó se hallase ausente.

16 La primera nueva disposicion pudo tener por objeto muy suficiente y digno el evitar las dudas y disputas que facilmente podian excitarse sobre la inteligencia de las palabras, queriendo los reos reducirlas á una obligacion sencilla é individua en su origen, y los actores extenderla á que fuese *in solidum*; y estando en la potestad y arbitrio de los contrayentes dar la ley clara á sus convenciones, no era justo el que quedasen en oscuridad, debiendo interpretarse en cualquiera duda á favor de los reos por la obligacion simple, y contra el acreedor, que la deseaba *in solidum*.

17 La segunda parte se funda en dos principios de equidad; pues el acreedor puede exigir y recobrar todo su interes de los dos correos, demandándolos al mismo tiempo y en un propio juicio, sin que alguno de ellos tenga el quebranto de pagar por entero, y repetir despues del otro lo que á prorata le corresponde.

18 Las referidas variaciones en las dos partes insinuadas se hallan admitidas y autorizadas por las leyes del reino. La *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 10. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.) dispone: «Que si dos personas se obligaren simplemente por contrato, ó en otra manera alguna para hacer, y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entiendan ser obligados cada uno por la mitad.» Lo mismo se halla dispuesto por la *ley* 8. *tit.* 12. *Part.* 5; y por una y otra se manifiesta que el medio de obligarse unidamente dos ó mas personas no induce el gravámen de que se entienda cada una obligada por el todo, sino en aquella parte que le corresponda, como si literalmente la hubiesen señalado.

19 Para quitar toda duda en esta inteligencia se explicaron las citadas dos leyes con la restriccion de que solamente se entendiese cada uno obligado por el todo, cuando lo expresasen en sus convenciones; pero si estos obligados *in solidum* renunciasen en el mismo contrato el beneficio de la division, queriendo que el acreedor pueda exigir de cada uno el todo de la deuda, entónces no podrán usar de este auxilio, porque resultaria y cederia en daño del acreedor, y se caeria en el inconveniente de abrigar el dolo y mala fe de los que vienen contra su propio hecho.

20 Por el resúmen de esta materia se demuestra que cualquiera de los obligados *in solidum* puede venir al juicio pendiente con el otro, porque en todos los casos referidos tiene interes propio para coadyuvar la defensa, y oponerse á la instancia del acreedor.

21 Cuando los tutores son dos ó mas, reciben su autoridad y obligacion individua á cuidar y responder de la persona del pupilo y de sus bienes, haciéndose responsables á todos los perjuicios que le resultasen por dolo, culpa lata ó leve de los mismos tutores,

quienes deben prestar aquella misma atencion y diligencia, que prestarian para conservar y aumentar sus propios bienes.

22 De esta uniforme obligacion de los tutores, que empieza en su nombramiento, y se perfecciona con la aceptacion y discernimiento de su cargo, no se exoneran, aunque por sus convenciones distribuyan entre sí la administracion de los bienes del pupilo, y aunque los encarguen á uno solo; pues quedan los demas igualmente responsables, y no se disminuye la accion *in solidum*, que compete al menor contra cualquiera de ellos, viniendo á ser unos correos de deber, obligados *in solidum* por la convencion tácita que incluye el nombramiento, aceptacion y discernimiento de su cargo.

23 Las dos proposiciones referidas tienen su comprobacion literal en las leyes y en los autores: la 1. §. 10. *y siguientes ff. de Tutel.*, *et rationib. distrahend.*: la 55. *de Administrat. et periculo tutor.*: la 2. *Cod. de Dividen. tutel. in fin.* ibi.: *Si vero ipsi inter se res administrationis diviserunt: non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire; ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat*: la 21. *ff. de Tutel. et rationib. distrahen.*: la 2. *Cod. de Heredib. tutor.*: la 12. *Rem pupulli salvam fore*: Olea *tit.* 5. *q.* 7.: Salgad. *Labyrint. part.* 2. *capit.* 12.: Gutierr. *de Tutel. p.* 1. *cap.* 15.

24 Así como las leyes y los autores citados reconocen en los pupilos una accion *in solidum* contra cualquiera de sus tutores para pedir y recobrar, acabada la tutela, los daños que hayan padecido sus bienes por dolo ó culpa de los tutores, conceden igualmente á estos los competentes auxilios de equidad, con que puedan templar el rigor de la justicia sin agravio de los menores.

25 Los tutores pueden usar por via de excepcion del beneficio del órden, obligando al menor á que demande en primer lugar al tutor que administró los bienes de la tutela, y no empezar por el que por convencion de los mismos tutores no se mezcló en ella.

26 Tambien compete á los tutores el beneficio de la division, por el cual logra el tutor, que ha sido demandado *in solidum* por el menor, que comprenda tambien á los otros que igualmente administraron siendo solventes; pues por este medio conseguirá recobrar todo su interes á prorata de los tutores.

27 Puede tambien el tutor demandado *in solidum* pedir al menor al principio del pleito, y antes de hacerle el pago, que le ceda sus acciones contra los otros tutores; y deberá hacerlo, ó en su defecto será removido de su demanda con excepcion de dolo. Y si el tutor demandado *in solidum* no usase por su órden y en los casos y tiempos oportunos de los beneficios explicados, aun le quedará el auxilio de recurrir al juez, usando de las acciones útiles, para que compela á los otros tutores á que le reintegren de lo que pagó en la parte que á cada uno corresponda: porque no permite la equidad con que debe ir templada la justicia, que siendo una misma la obligacion de los tutores, y la causa de que procede, fuese desigual el efecto, sufriendo uno solo el daño, y gozando los demas de la impunidad de su culpa.

28 Todas estas cuatro excepciones confirman la regla de que la obligacion en su orígen y causa es individua, y la accion del menor es *in solidum*; y que usando de ella contra cualquiera de los tutores, pueden los demas aunque no sean citados, venir al juicio por su propio interes, que es bien notorio en los dos casos contenidos en esta primera clase; pues viniendo al juicio en tiempo oportuno como se dirá, tienen los terceros opositores su defensa con el litigante que coadyuvan, y pueden hacerla bajo de un procurador y escrito; y cuando las partes no se conviniesen en esta union, lo manda el tribunal, atendiendo á la brevedad de los pleitos, excusándose por este medio de muchos gastos, no solo los que coadyuvan, sino tambien la parte contraria; y esto es un interes privado y público.

29 Tambien es de gran interes anticipar sus defensas antes de las sentencias; pues si llegasen á causar ejecutoria contra la parte que litiga, se

imposibilitaria ó dificultaria mas la defensa de los correos, cuya obligacion nace del mismo orígen y causa; y aunque las sentencias no tomasen este último grado de autoridad, siempre dan bastante probabilidad á favor de la justicia, y con ella debilitan el concepto del derecho de la parte contraria, y el de los coadyuvantes que vienen despues de ella. Y por estas consideraciones, y otras que son bien obvias, no puede dudarse que los correos de deber, en cuya clase vienen á estar tambien los tutores, tienen derecho propio para venir al juicio que se ha contestado por cualquiera de sus socios, que haya sido demandado.

30 Los herederos suceden por iguales partes en los bienes y derechos de la herencia, salvo si el testador dispusiese otra cosa. La ley hace esta division por su ministerio, siguiendo siempre en ella la voluntad del difunto: porque si este la explicó señalando partes diversas, la hace guardar y cumplir; si fueron iguales, las lleva tambien á debida ejecucion; y cuando no las señala, se entiende que quiere que sucedan por iguales partes.

31 Estas son unas proposiciones, que forman principios ciertos en la jurisprudencia, porque estan autorizadas por repetidas leyes de todos los tiempos; y de estas causas nacen dos efectos igualmente ciertos y uniformes: uno que aunque el orígen del derecho de los herederos es uno, representa separadamente la persona del difunto en sus derechos activos y pasivos, y se estiman como diversos para todos los efectos de esta sucesion: el segundo es consecuencia del antecedente, y consiste en que cada heredero solo puede ser demandado por el acreedor del difunto á prorata de aquella porcion de herencia que ha recibido; y la sentencia que se diere contra uno de los herederos, no hace cosa juzgada con los otros, y entre la regla de que *res inter alios actas, aliis non nocet.*

32 Por el contrario el heredero no puede demandar al deudor del difunto sino á prorata de la porcion que recibe de la herencia, y procede de la misma regla en cuanto á que la sentencia, que es dada contra el deudor, no aprovecha á los coherederos, ni la que absuelve al deudor les perjudica.

33 Las dos proposiciones antecedentes se hallan declaradas y autorizadas expresamente en la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3; la cual en su principio establece la regla de que el juicio que fuere dado contra alguno no empece á otro; y limitándola en el progreso en varios casos, refiere entre ellos que si alguno de los herederos de algun deudor fuere demandado en juicio, y se diere sentencia contra él, no perjudica á los otros herederos del mismo deudor, aunque fuese dada sabiéndolo ellos, y no contradiciéndolo; y lo mismo dispone la ley en el caso opuesto de que un heredero del acreedor demandase al deudor del difunto, y fuese vencido el actor; pues no perjudica esta sentencia á los otros herederos en cuanto á la parte que les cabia en aquella deuda por razon de los bienes del difunto.

34 A la tercera clase de terceros coadyuvantes, que tienen interes y accion de segundo órden, corresponden los inmediatos sucesores á los mayorazgos, y los herederos que son sustituidos: porque los juicios empiezan, se continúan y acaban con los actuales poseedores de los mayorazgos, y con los herederos instituidos como principales en el órden, y en el derecho que se disputa sin necesidad de citar á los de segundo órden, que tienen un interes mas remoto. Esta es una proposicion autorizada por las leyes y los fundamentos que refiere Molin. *de Primog. lib.* 4. *cap.* 8. *desde el n.* 3., citando entre otros autores al señor Covarrubias *en el cap.* 13. *de sus Prácticas n.* 6; y de la misma opinion es Antonio Gomez *sobre la ley* 40. *de Toro n.* 73.; pero si estos de segundo órden quisiesen venir al juicio con los del primero, pueden hacerlo; como lo aseguran los referidos autores: porque tienen el mismo interes que los legatarios en hacer mas vigorosa y á menos costa su defensa, precaviendo el perjuicio, que no podrian reparar despues de ejecutoriada la instancia con los principales.

35 La cuarta clase de los terceros opositores, que pueden venir al juicio,

se manifiesta en los casos siguientes: el comprador adquiere el dominio de los bienes que se le venden, cuando lo tenia el vendedor, y faltándole recibe solamente la posesion libre y desembarazada de todo detentador, que es lo que basta para la legitimidad de este contrato, sirviendo al comprador la misma posesion, con la buena fe de los contrayentes, de fundamento para adquirir con el tiempo señalado en las usucapiones el dominio, que no se le habia trasladado por el principal título de compra y venta.

36 Este es un supuesto de regla y de ley, al cual se añade otro igualmente seguro, y se reduce á que cuando alguno pretende el dominio de los bienes comprende en su demanda dos partes: una que se declare su pertenencia, y otra que se le restituyan con los frutos pendientes y vencidos. La primera parte sirve como un preliminar ó medio para llegar al fin que intenta, y la que es segunda en la ejecucion y cumplimiento de su instancia viene á ser la primera y mas principal en la intencion del actor; quien por estos principios la debe dirigir contra los que estan en posesion de los bienes, porque son los que únicamente pueden cumplir lo que desea el demandante, restituyéndole los bienes con los frutos que hubiesen percibido. Así se dispone en la *ley* 29. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi:* «Tenencia, ó señorío, queriendo demandar »un ome á otro en juicio, en razon de »alguna cosa, devela pedir á aquel que »la fallare.» Lo mismo se dispone en la *ley* 25. *ff. de Obligat. et Actionib.*, y en la 36. *ff. de Rei vindicat.*, exponiéndolas, como unos principios que gobiernan seguramente en esta materia, Vinnio *al* §. 1. *vers.* 16. *y* 17. *de Actionib.*

37 Constando por estos antecedentes que el comprador es la parte principal en el juicio de reivindicacion, si lo dirigiese contra el vendedor, ya sea porque ignorase la venta que habia hecho, y le considerase en posesion de los bienes, ó ya porque entendiese con error que vencido el vendedor caducaba en su orígen el derecho del comprador, la sentencia que se diere en este juicio sin noticia del mismo comprador no le perjudicaria; pero si la tuviese cierta y segura de aquel juicio, y permitiese su seguimiento con el vendedor, le perjudicaria la sentencia, porque se estima que por su consentimiento tácito hace al vendedor procurador y defensor suyo. Estas son las disposiciones que en las dos partes insinuadas contienen la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3; pero en los dos casos referidos puede salir al juicio por su propio derecho, coadyuvando la pretension del vendedor.

38 Si el acreedor recibe á empeño y por prenda para seguridad de su crédito algunos bienes del deudor, no solo adquiere un derecho real con los efectos de preferencia en sus casos, sino tambien en la posesion de los mismos bienes, que se le entregan por el referido título de empeño ó prenda. Así se dispone en la *ley* 14. *tit.* 13. *Part.* 5.: en la 35. §. 1. *ff. de Pignoratit. action. ibi: Pignus, mente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem: ley* 40. *eod. tit.*, y la 16. *ff. de Usucap.*

39 Por consecuencia de las doctrinas referidas si alguno, titulándose dueño de los bienes que se dieron en prenda, intentasen recobrarlos usando de la accion real vindicatoria, debe introducir su demanda contra el acreedor que tiene la posesion, siendo éste la parte principal, á quien corresponde en primer órden la defensa de su derecho; pero si el actor se desviase de esta regla, y demandase al deudor que habia empeñado los bienes, la sentencia que se diere en este juicio no perjudicará al acreedor, salvo que con noticia del pleito consintiese que el deudor lo continuase, que es la excepcion misma fundada en las propias razones que se han explicado en el caso del comprador, verificándose igualmente en éste el derecho y facultad de venir al juicio en calidad de tercero coadyuvante del deudor, que lo habia empezado y seguido, que es el segundo caso correspondiente á la cuarta clase propuesta de los que siendo principales en el órden y defensa de su derecho, procedente de los que litigan, pueden venir al juicio empezado. Así lo dispone la citada *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3., y

la 63. *ff. de Re judicat.*, de las cuales traté mas particularmente en el capítulo doce, parte primera con motivo de la doctrina, que en su oposicion expone el señor Covarrubias al *cap.* 43. *de sus Prácticas*, *n.* 7.

40 Los terceros opositores excluyentes forman la segunda parte en este capítulo; y convienen con los coadyuvantes en el nombre de llamarse terceros, en el de ser opositores, y en que necesitan proponer ó excepcionar interes ó derecho propio para ser recibidos al juicio; pero se diferencian esencialmente en que la pretension del tercero excluyente es incompatible con las que han producido los otros litigantes, y es independiente de sus respectivos derechos.

41 Para conocer esta clase de terceros opositores usa el señor Covarrubias en el *cap.* 14. *de sus Prácticas n.* 4. de un ejemplo por mas frecuente en los tribunales, que se reduce á que pretendiendo el actor se declare á su favor el dominio de los bienes, de que otro tiene posesion, condenándole á su restitucion con los frutos, viene á este juicio pendiente otra parte con igual pretension de dominio y restitucion, excluyendo necesariamente la intencion de los dos que litigan; pues como el dominio de las cosas no puede estar á un mismo tiempo en dos personas, se intentan excluir los litigantes, porque cada uno solicita ser dueño *in solidum* de los bienes que pretenden recobrar.

42 En la misma clase de terceros opositores excluyentes deben considerarse los que vengan al juicio pendiente, que tenga igual incompatibilidad, aunque el derecho que se propone sea dirigido á la posesion de los bienes, ó á la preferencia en ellos, y en el pago de los créditos personales; pues aunque sea cierto, y confiesen las partes la legitimidad de sus respectivos créditos, si se intenta hacer el pago á uno de ellos, ó lo solicita en el juicio pendiente, puede venir á él cualquiera otro acreedor, excluyendo la preferencia del que la solicitaba; y con razon se ha de tener por tercero excluyente.

43 Del tiempo y estado de las causas en que pueden venir los terceros opositores, ya sean coadyuvantes ó excluyentes, y del progreso que deben tener sus instancias, se va á tratar en el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO IX.

*Del tiempo en que pueden venir al pleito los terceros coadyuvantes.*

1 El tercero coadyuvante se reputa por una misma persona con el principal que litiga: su intencion y espíritu es uno mismo, y se reunen por todos respectos las tres identidades de persona, de accion y de causa, que forman su continencia. [41]

2 Con estas expresiones se explican los autores, conviniendo todos en la seguridad de la proposicion antecedente: Suarez de Figueroa *de Jur. adhær. cap.* 15. *n.* 15. *ibi: Idem est spiritus tertii coadjuvantis, eademque intentio, et eadem persona reputatur cum principali*; *et ideo utriusque jus idem considerandum est:* Menoch. *cons.* 488. *n.* 4. *et.* 5. supone la continencia de la causa entre el principal y el tercero, y da la razon: ibi *Quia est eadem, et de eodem statu, et eadem sententia definiri debet*; y lo mismo repite en el *cons.* 421. *n.* 66*:* Guzman *de Eviction. q.* 6. *n.* 1. *ibi: Quia venditor est quasi procurator emptoris, imo una est emptoris, et venditoris persona:* Larrea *allegat.* 79. *n.* 20. *Et pro una, et eadem persona cum principali censeatur, quemadmodum si idem tertius judicium, et causam inciperet:* Hermosil. á la *ley* 33. *tit.* 5. *Par.* 5. *glos.* 1. 2. 3. *n.* 5. *et.* 7. *Nam una est, et eadem persona emptoris, et venditoris;* y lo mismo repiten todos los autores que tratan de la materia, que son en número asombroso, y hacen muy largas y prolijas disertaciones y discursos.

3 De la proposicion antecedente se deducen unas consecuencias naturales y sencillas, que ponen en suma claridad las reglas, con que deben gobernarse las instancias y pretensiones de los terceros coadyuvantes: la primera que puede salir á la causa en cualquiera estado en que se halle pendiente, ya sea en primera instancia ó en las ulteriores

hasta que se haya causado ejecutoria, y tambien puede hacerlo en la ejecucion de la cosa juzgada: la segunda que si estuviere ya acabado el juicio con el principal que litigaba, no puede verificarse que el tercero sea coadyuvante: la tercera que no puede suspenderse el curso de la causa pendiente, retroceder, alegar, ni probar lo que por ser pasado el término señalado al principal, ó por cualquiera otro motivo estuviese prohibido al que litigaba.

4 Los casos y ejemplos manifestarán esta verdad; pues si viniese al juicio el tercero, pendiente el término de prueba, podrá hacer por sí la que estime conveniente por testigos ó instrumentos, aunque el principal tenga ya hecha la suya; pero si hubiese pasado el término, y estuviese hecha publicacion, no tendrá facultad el tercero para alegar, ni probar en aquella instancia, y solo podrá ejecutarlo en la segunda, arreglándose en todo á lo que dispone la *ley*. 4. *tit*. 9. *lib*. 4. *Rec*. (Ley 6. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.); y lo mismo sucede en cuanto á la presentacion de instrumentos, segun disponen las leyes con respecto á los principales que litigan, remitiéndome en cuanto á su inteligencia y observancia á lo que con mas extension expuse en los capítulos ocho y nueve de la primera parte.

5 Si estuviese ya dada la sentencia cuando sale el tercero, puede interponer por sí apelacion de ella, haciéndolo dentro de los cinco dias que señalan las leyes, que se han referido con su propia inteligencia en el capítulo segundo de esta segunda parte; y si el principal á quien coadyuva el tercero, hubiese apelado en el término prescrito, puede hacerlo tambien por sí propio el coadyuvante, ó adherirse á la apelacion interpuesta por su principal, ó á la que hubiese introducido la parte contraria; advirtiendo que para usar de este remedio, y adherirse á la apelacion de alguno de los litigantes, no está ceñido el tercero al término de los cinco dias, sino que puede hacerlo despues por todo el tiempo que pendiese aquella apelacion, y no se hubiese separado de ella el que la interpuso, ó dejado desierta, segun y en la forma que se explicó esta materia en el capítulo sétimo de esta segunda parte.

6 Cuando el tercero no viene al pleito en el estado que se ha referido, y sí en la segunda ó tercera instancia, la sentencia que se diere contra el principal causa el mismo efecto con el coadyuvante, como si éste hubiese empezado y continuado el juicio, verificándose que la que es segunda ó tercera sentencia para el principal lo es tambien para el coadyuvante.

7 Ultimamente puede salir el tercero en la via ejecutiva, ya proceda de cosa juzgada ó ya de instrumento público, y oponer las excepciones modificativas, y usar de los recursos de nulidad ó exceso, segun lo podria hacer el principal litigante; y si éste se apartase de la causa despues que el tercero empezó á coadyuvarla, no le puede impedir su progreso y continuacion por el propio interes en que la funda: porque es compatible que para empezarla penda de la existencia de la accion ó defensa intentada por el principal, y no tenga igual dependencia en su conservacion, como se demostró en el capítulo antecedente.

8 Todo lo que se ha referido por reglas y principios de esta materia es comun á los terceros coadyuvantes, ya lo sean de segundo órden ó de primero, ó ya de aquellos que tiene igual derecho independiente en su causa y en sus efectos; pues aunque estos no quedan expuestos á sufrir perjuicio considerable en la sentencia que se diere contra el que litigaba, por el mismo hecho de venir á coadyuvarle en el propio juicio se ofrecieron y sujetaron á todas las leyes, que estan dadas para los terceros de esta clase, y tomaron este medio por mas á propósito para mejorar y justificar su accion y defensa con el auxilio del que litigaba, y á ménos costa que si lo hiciera en juicio separado, que es de lo que se ha tratado con particular discusion en el capítulo octavo de la parte segunda, entendiéndose que renuncia el derecho que tenia para litigar separadamente.

9 Este es el resúmen de las prolijas, confusas y dilatadas exposiciones, que forman los autores acerca de este artí-

culo, fundándose principalmente en la *ley* 15. *titul.* 10. *lib.* 2. *Recop.* (Ley 17. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.); la cual en su primera parte dispone lo conveniente acerca de las recusaciones, que puede hacer el principal que litiga, prueba de las causas en que la funda, con lo demas que refiere; y tratando despues del tercero opositor dice lo siguiente; «Y asimismo declaramos, que »cuando algun tercero opositor que »fuere en algun pleito, que uviere ve»nido á él á coadyuvar al principal, »tome el pleito en el estado que lo ha»llare; y no pueda recusar, sino en el »caso, ó casos que el principal puede »recusar, conforme á las leyes, y no en »otra manera.»

10 Fúndanse tambien los expresados autores en el *cap.* 2. *Ut lite pend. in Sext.* ibi: *Sane si ad defensionem ipsius litis, aliqui, quorum intererit, petierint se admitti; eos in illo statu, in quo ipsam invenerint, decernimus admittendos;* y en la *ley* 2. *ff. Quando appellandum sit*; cuyas disposiciones siguiendo ellos con uniformidad reducen con la misma su opinion á que los terceros coadyuvantes no pueden variar el estado en que hallan el pleito cuando vienen á él. Esto es lo que dicen el señor Covarrubias *cap.* 13. *de sus Práctic.*: Larrea *alleg.* 79. con todos los demas que refieren.

11 Por algunos pasages, que exponen los mismos autores con oscuridad, y sin aquella exactitud que es correspondiente á los casos en que han venido, ó pueden venir al pleito los terceros coadyuvantes, parece que se comprometen con las reglas indicadas; y es preciso poner en toda claridad sus opiniones.

12 El señor Covarrubias en el principio del citado *cap.* 13. establece la regla de que el tercero que quiere proseguir ó defender la causa empezada por otro litigante, solo puede ser admitido en el estado en que puede el principal continuarla. No distingue este sabio autor especie alguna de terceros coadyuvantes, y por su generalidad se entienden comprendidos todos los que vinieren al pleito con el fin de coadyuvar y defender la causa del principal por su propio interes.

13 En el *núm.* 1. empieza el señor Covarrubias á probar la enunciada regla, y refiere dos ejemplos: uno del vendedor respecto del pleito pendiente con el comprador, y otro de los legatarios en el suscitado contra el heredero escrito; y como estos dos ejemplos se adaptan á los terceros que tienen derecho de segundo órden, quienes estarán necesariamente por la sentencia que se diere contra los principales, ya tuviesen noticia del pleito, ó ya lo ignorasen, podrian de aquí tomar ocasion algunos para entender que la regla general, que dejaba sentada en el principio de este capítulo, se limitaba á los ejemplos referidos.

14 En el mismo *n.* 1. *vers. Primum*, supone tambien el enunciado autor que este tercero coadyuvante puede alegar y probar cuanto conduzca á la defensa del principal, haciéndolo dentro de los términos concedidos por el juez ó por la ley al mismo principal: ibi: *Ex his colligitur hunc tertium oppositorem posse in hac defensione allegare, et probare omnia, quæ principalis nec allegavit, nec probavit, si ea sint ad causæ defensionem conducibilia*; siendo de notar que la expresion *hunc tertium* suena como una nueva restriccion á los dos casos que dejaba referidos; y al fin concluye con la siguiente limitacion: *Etenim nemo ex his dubitavit, hanc opinionem veram esse, quoties tertius hic oppositor vult allegare, et probare intra diem à judice, vel à jure datum principali ad allegandum, et probandum*; en cuyo pasage vuelve á repetir las palabras *tertius hic*, que dicen positiva referencia á los dos casos próximos del vendedor y de los legatarios.

15 En el núm. 2. excita el mismo autor la duda de si este tercero opositor podrá alegar, probar y producir testigos en el pleito despues de la publicacion; esto es, en aquel tiempo en que el reo principal no podia hacerlo, habiendo ignorado hasta entonces el tercero que estuviese pendiente el pleito con el principal, y que éste hubiese presentado sus testigos. Por la parte afirmativa cita Covarrubias á Bártulo y otros, y refiere sus fundamentos; por la con-

traria cita á Inocencio y otros, cuya oponion admite por mas probable y recibida constantemente en los tribunales supremos; y para satisfacer á los fundamentos de la opinion de Bártulo y sus secuaces, hace uso de los mismos casos del vendedor y de los legatarios; pareciendo por esta continuada explicacion que quiere restringir la regla, de que el tercero coadyuvante tome la causa en el estado en que la halle, sin deber ser admitido á probar fuera del término en que puede hacerlo el principal, á solos los terceros de segundo órden, como lo son el vendedor y el legatario.

16 Bien conoció el señor Covarrubias que de estos pasages tomarian algunos motivo para inferir que su opinion se reducia á los terceros defensores, á quienes, aun ignorando la causa pendiente, les perjudicaba todo lo obrado con los principales litigantes; y así se explicó proponiéndose este mismo argumento en el *cap.* 14. *n.* 3. ibi: *Quod si quis exactius distinguens, quæ diximus proximo capite adversus Bartul., et alios, existimaverit nostram hac de re sententiam tunc obtinere, cum huic tertio defensori, etiam ignoranti, præjudicat res inter alios acta: quemadmodum, et nos palam sensimus, quasi secus sit, ubi huic tertio defensori non nocent inter alios acta.* En satisfaccion ó explicacion de esta dificultad dice que no rehusará examinar esta controversia, reducida á si el tercero defensor, á quien no perjudican los autos obrados entre otros, ya tenga noticia de ellos, ó ya los ignore, debe tomar la defensa del pleito en el estado que tiene al tiempo de su oposicion.

17 Estos terceros son los coherederos ó los comprendidos en una obligacion general sin el aditamento de que sean *in solidum*; pues los autores seguidos por uno de los herederos no perjudican á los otros, ya ignoren, ó ya tengan noticia de ellos, sucediendo lo mismo á los obligados generalmente, como se ha fundado en el capítulo anterior.

18 Los principales que tienen la defensa de primer órden, como son el comprador, el heredero escrito y el poseedor del mayorazgo, si ignoran el pleito pendiente con los interesados de segundo órden, cuales son el vendedor, los legatarios y el inmediato sucesor, segun se ha demostrado tambien en el citado capítulo próximo, no reciben perjuicio en sus derechos, y los conservan íntegros para usar de ellos en juicio separado; y por este respecto vienen estos igualmente para este caso de ignorancia á la cuestion que propone examinar el señor Covarrubias, y los debe comprender su resolucion, que se reduce á que han de tomar la causa en el estado que tiene al tiempo de su oposicion, sin que puedan presentar testigos despues de la publicacion, ni alegar, si estuviese conclusa: porque en uno y otro caso no podia hacerlo el principal litigante.

19 Por este órden, con que se han referido los terceros opositores coadyuvantes, queda demostrado que en la opinion del señor Covarrubias ninguno puede exceder en el tiempo, y estado propuesto de la publicacion, y conclusion, de las facultades correspondientes á los principales; deduciéndose que los ejemplos que señaló en el *cap.* 13. *n.* 1. y 2. no se dirigieron á coartar la regla general que en su principio dejó establecida, comprobando este concepto la remision que hace al capítulo último: *Ut lite pendente, in Sext.*, cuya decision es general á todos los terceros opositores coadyuvantes, y la razon que añade inmediatamente, ibi: *Si quidem ipse vult judicium à reo cœptum prosequi, et defendere*; la misma que repite con igual generalidad en el *cap.* 14 *n.* 3. en su principio y fin, viniendo á contestar por la union de sus consideraciones que el tercero, que viene al juicio con el fin de seguirlo, ratifica y aprueba lo obrado por el principal, como si el mismo tercero lo hubiera empezado, que es el modo con que se explican uniformemente los autores referidos en el capítulo próximo.

20 Si el tercero, que viene al juicio despues de la publicacion ó conclusion, fuere menor de veinte y cinco años, podrá usar del remedio de la restitucion para probar y alegar lo conveniente á su derecho. Esta es una limitacion de la regla insinuada; y ponién-

dola el señor Covarrubias como general y comprensiva de todos los terceros que sean menores, como se advierte en el capítulo nono de la primera parte, dá una nueva prueba de que estaban en la regla los mismos terceros de cualquiera clase que fuesen.

21 Luego que el tercero opositor viene al juicio empezado con otro, se hace parte formal por el propio interes que motiva su instancia, y á cuya defensa se dirige como objeto principal en su intencion; pues el vendedor, aunque sea interesado de segundo órden, solicita que se estime y declare haberle pertenecido el dominio de la cosa vendida, y que lo trasladó legítimamente en el comprador, y lo mismo hace este en su pretension; viniendo los dos por este medio á excluir de la suya al que intenta vindicarla.

22 Este supuesto debe comprender la sentencia á los tres, facilitándoles la misma facultad de apelar de ella, no ya como tercero sino como parte formal del juicio, del mismo modo que si el vendedor lo hubiera empezado por sí solo sin que en el acto de apelar sean adaptables las reglas de los terceros coadyuvantes. Esta es una proposicion que conviene á todos, y solo pueden considerarse con la calidad de terceros, cuando no han salido al pleito ántes de la sentencia dada en la primera instancia; y en este solo caso tiene lugar la apelacion que interpone el tercero coadyuvante, y no puede hacerlo sino del mismo modo que el principal, y dentro de igual término señalado por las leyes. La cuestion, que excitan algunos autores, queda reducida á saber y determinar el dia en que empiezan á correr al tercero los que conceden las leyes para apelar de las sentencias difinitivas.

23 El señor Covarrubias en el *capítulo* 15. *de sus Prácticas*, *n.* 2. trata de los terceros coadyuvantes, á quienes por su propia naturaleza perjudica la sentencia que es dada contra el principal que litiga, aunque la ignoren aquellos; y es de opinion que para reparar y suspender sus efectos con respecto á su propio interes, deben apelar dentro de los diez dias contados desde que llegue á su noticia positiva; de manera que puede verificarse haber pasado en autoridad de cosa juzgada con el principal por no haber apelado en el término que le empezó á correr desde la noticia de la sentencia, y llegando despues á la del tercero, usar este de su apelacion en los mismos diez dias que empiezan á contarse desde entónces. Este es el resúmen de la opinion del señor Covarrubias que contrae oportunamente al legatario respecto del heredero escrito, que fué vencido en su causa; cuyo dictámen deduce del que formó anteriormente Alejandro en la *ley* 63. *de Re judicat.* Los fundamentos de este autor no eran de mucha solidez; pues estuvo perplejo algun tiempo el señor Covarrubias para decidirse por ellos; pero al fin se resolvió por esta opinion, sin haber ley ni canon que la autorizase, y se acogió al auxilio de los discursos y razones que forma en el citado *n.* 2. Este respetable ejemplo fué trayendo á su partido otros muchos autores, llegando á formar el grande número de estos opinion comun en este artículo.

24 Otros autores siguieron la opinion contraria reducida á que estos terceros solo podian apelar en el mismo término que corria á los principales; y hubo tambien algunos que perplejos en las dudas, que concebian, no se atrevieron á decidirse por alguna de las dos opiniones referidas, como pueden verse en adicion de Faría al citado *cap.* 15. *n.* 5. *y siguientes.*

25 Por estas observaciones se manifiesta la libertad, con que tomaron su partido los citados autores sin sujecion á leyes ni á cánones, (pues no los hay que determinen este punto) y la que puede tomarse para buscar la verdad por los medios que se consideren mas sólidos á beneficio de la causa pública, pues como decia san Agustin *lib.* 3. *de Baptism. cap.* 3. *Nec nos deterret cujuscumque Doctoris*, *etiam sublimis*, *auctoritas*, *ut contra illam veritatem non indagemus.*

26 El caso que da motivo á esta cuestion tan difusa y prolijamente examinada por los citados autores, ó no tiene uso en los tribunales, ó sucede

rara vez; y á la verdad yo no he visto usarlo en los de la corte, ni tengo noticia que se haya excitado en ellos, ni en los establecidos fuera; y me persuado que sea este el motivo de no haberse establecido ley que determine su resolucion: porque es mas propio publicarlas para los casos comunes que para los raros y extraordinarios.

27 Si se consideran atentamente las circunstancias de los terceros coadyuvantes, á quienes perjudica la sentencia por su naturaleza, prescindiendo de su ignorancia, casi se llegará á una demostracion de que no pueden estar en los términos precisos de la cuestion propuesta. El que demanda al comprador, que está en posesion de los bienes, el dominio de ellos y su restitucion por el título y causa que debe expresar, obliga al juez á dar traslado, y emplazar al mismo comprador con el término que le pone, ó el que señalan las leyes. El comprador viene al juicio por su persona ó por otra con poder bastante, toma los autos, contesta á la demanda, pide se absuelva, y alega el título y causa en que se funda con lo demas que estima conveniente á su defensa; y por un *otrosí* pide que se cite y emplace al vendedor, con lo cual satisface su obligacion y precave las resultas del juicio: porque en este contrato se pone comunmente el pacto expreso de la eviccion y saneamiento del vendedor; y así consta de las fórmulas de las mismas escrituras, que extiende la *ley* 56. *tit.* 18 *Part.* 3., y de otras muchas que tratan de este contrato, no siendo necesario incluir, ni expresar este pacto de eviccion, porque viene por su naturaleza, como se expresa en la *ley* 32. *tit.* 5. *Part.* 5., y en la 6. *Cod. de Evictionib.* ibi: *Non dubitatur, et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem;* y esto es comun en todos los contratos de buena fe, á los cuales vienen todos los pactos y convenciones que regularmente se expresan, aunque se hayan omitido en algunos.

28 Hay una citacion ó denunciacion, que el juez manda hacer al vendedor á instancia del comprador en el principio del pleito, y cuando mas tarde antes de la publicacion de las probanzas dentro del término en que pueda hacer las suyas, como se dispone en la citada *ley* 32. *tit.* 5. *Part.* 5. *ibi:* «Pero luego quel movieren ende pleyto, tenudo es el comprador, de facerlo saber al que gela vendió; ó á lo mas tarde, ante que sean abiertos los testigos, que fueren aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él;» y lo mismo se ordena tambien en otras muchas *leyes del Digesto y Código, en el título de Evictionib.* Esta citacion obliga al vendedor á defender en aquel juicio los derechos del comprador, y queda éste seguro de los que le competen; pues si el vendedor viene desde luego á la causa coadyuvando al comprador, se hace parte interesada en el juicio, y se entienden con él los autos, llegando á la sentencia difinitiva y á su citacion al mismo tiempo y del propio modo que se hace con el comprador, que es el principal demandado; y empezando desde entonces á correrles el término de la apelacion, no los hay para la cuestion indicada de suponer pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia con respecto al comprador, y pendiente la libertad del vendedor para apelar despues á pretesto de su ignorancia: porque ésta falta enteramente en el caso referido.

29 Si el vendedor no viene al juicio, ni defiende al comprador sin embargo de su denuncia, citacion y emplazamiento, se sustancian con él los autos en rebeldía, y le paran el mismo perjuicio de cosa juzgada; porque no debe ser de mejor condicion el contumaz que el que obedece los mandamientos del juez, y cumple sus obligaciones; y aun en este caso se hace la notificacion de la sentencia al comprador y al vendedor, por cuyo medio queda tambien éste excluido de la ignorancia que pudiera alegar para dilatar el uso de su apelacion.

30 Si el comprador es condenado á restituir los bienes demandados en cualquiera de los dos casos referidos, tiene expedita su accion para repetir del vendedor el precio y los intereses que haya perdido; y como es regular

y muy comun que use de esta accion prontamente contra el vendedor, le llega tambien por este medio la noticia de la sentencia que merece ser ejecutada, sin que pueda usar de excepcion alguna contra el comprador, ni aprovecharse de su antigua morosidad para traer pendiente la seguridad del que ganó el juicio, ni menos instaurar otro de nuevo.

31 Si el comprador no hizo citar y denunciar al vendedor al principio del pleito, ó cuando mas tarde antes de la publicacion de los testigos, como requieren las leyes, queda libre el vendedor de toda responsabilidad; y como le falta el interes y el gravámen, que son el fundamento preciso para ser oidos en el remedio de la apelacion (cuyo particular es bien notorio, y se ha demostrado en el capítulo segundo de esta segunda parte) no hay que indagar en qué tiempo le ha de empezar á correr el de la apelacion.

32 Podria suceder que en el mismo contrato de compra y venta se pactase expresamente que el comprador no fuese obligado á citar y denunciar al vendedor, ni darle noticia del pleito que le moviesen sobre el dominio y posesion de los bienes vendidos, quedando sin embargo el vendedor responsable á sus resultas, de cuyo caso habla la *ley* 63. *ff. de Evictionib.* ibi: *Herennius Modestinus respondit, non obesse ex empto agenti, quod denuntiatio pro evictione interposità non esset, si pacto ei remissa esset denuntiandi necessitas.*

33 Este es el único caso en que podria verificarse que la sentencia pasase en cosa juzgada contra el comprador sin haber llegado á noticia del vendedor, y quisiese éste apelar por no haberlo hecho el comprador, dudándose entonces si podria hacerlo en el término de la ley, empezando á contar desde su noticia; pero como es tan raro este pacto en las escrituras de venta, lo es tambien el caso de la disputa, sin embargo de afirmar Baldo sobre la citada *ley* 63. ser tan frecuente que las mas veces se pone en la escritura la cláusula de estar renunciada por pacto la necesidad de citar y denunciar al vendedor; pero no sucede así en estos reinos, como se manifiesta de la fórmula que refiere la citada *ley* 56. *tit.* 18. *Part.* 3.

34 El segundo caso que comprende el señor Covarrubias en la clase de terceros, á quienes perjudica la sentencia dada contra el principal, aunque ignorasen el pleito pendiente y su determinacion, es el de los legatarios respecto de los herederos escritos, que fueron demandados y vencidos por los legítimos, á cuyo favor se declaró la herencia por la nulidad del testamento.

35 Este punto se demostrará con solo apuntar las siguientes variaciones, reducidas por su órden á todas las disposiciones legales, que se refieren á tres tiempos: en el primero se disponia que los legados dependiesen en toda su legitimidad y subsistencia de la institucion de heredero, mirándola como cabeza principal, que disipada influia la misma ruina en los legados, pues se consideraban como accesorios.

36 En el segundo tiempo podia rescindirse la institucion de heredero por la *quærela inofficiosi testamenti*, que intentasen los hijos y descendientes del testador por haberlos desheredado su padre sin justa causa, conservando no obstante el valor de los legados, que debian cumplir los herederos legítimos, cuando ganasen su instancia; y en el último tiempo se ampliaron las disposiciones á que valiesen y subsistiesen los legados, aunque no hubiese heredero, ya fuese por no haberle nombrado el testador, ó por no haber *adido* la herencia.

37 Recibiendo los legados por estas últimas disposiciones la naturaleza de principales independientes de la institucion de heredero, salen necesariamente fuera del órden en que los colocó el señor Covarrubias, y no pueden entrar en la cuestion de que les perjudique la sentencia que se diere contra el heredero sobre nulidad del testamento: porque el interes de los legatarios viene derechamente de la voluntad del testador del mismo modo que el de los herederos; y así como en estos la sentencia que es dada contra

alguno de ellos no perjudica, ni aprovecha á los otros, como se dispone en la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3., y se ha demostrado en el capítulo próximo, con mayor razon debe ser limitada al heredero la que se diere sobre nulidad del testamento, sin extenderse á perjudicar en sus intereses á los legatarios.

38 Cuando por algun medio pudieran considerarse en la clase de interesados de segundo órden para tratar con ellos de la nulidad del testamento, se precavian todas las dudas y cuestiones excitadas sobre el perjuicio que les podria causar la sentencia y tiempo de su apelacion, cuando no la interpusiesen los herederos por los mismos medios que se indicaron entre el comprador y vendedor.

39 Con la demanda que pone al heredero escrito el que pretende suceder por la ley á pretesto de la nulidad dèl testamento ó por otras justas causas, presenta comunmente copia autorizada del mismo testamento; pues como dice la *ley* 6. *ff. de Transactionib.*: *De his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisquè verbis testamenti*; y lo mismo se repite en la *ley* 15. *Cod. de Transactionib.* ibi: *Ut responsum congruens accipere possis, insere pacti exemplum.* Por este documento consta al juez en el preliminar del juicio quienes son los interesados en la demanda, así por el título de herederos como por el de legatarios, á los cuales debe emplazar igualmente para que la causa tenga su debido curso sin disminuir la natural defensa de los interesados.

40 Cuando el actor no presentase con su demanda el testamento á que se refiere, lo haria el heredero escrito en el término que le señalan las leyes; y por él se verian los demas interesados que comprendia por sus respectivos legados, á quienes haria emplazar el juez de oficio ó á instancia de alguna de las partes, pues todas se interesan en su emplazamiento. El demandante asegura concluir con todos á un mismo tiempo su pretension con la sentencia difinitiva, sin exponerse á dilaciones y otros graves inconvenientes que en el concepto de los autores citados sufriria, si apelase el legatario, cuando llegase á su noticia la sentencia despues de pasada con el heredero en cosa juzgada; y este es otro medio natural y sencillo que conduce á la brevedad del pleito, á evitar gastos á las partes, y á no tener pendiente largo tiempo la seguridad de los derechos.

41 El heredero demandado como principal logra ser auxiliado por los legatarios, reuniendo sus defensas á un mismo fin con un solo procurador. Lo mismo se logrará en las instancias contra los poseedores de mayorazgos respecto á sus inmediatos sucesores, ya sea porque pretendan otros derecho preferente, ó ya porque soliciten que los bienes sean libres, ó alguna parte de ellos; pues si el juez manda emplazar al poseedor y á su inmediato, pueden unir sus defensas excusando gastos, y precaviendo los nuevos recursos que pueda intentar el inmediato cuando llegue á saber que el poseedor del mayorazgo lo perdió por la sentencia difinitiva, y no apeló de ella, ó procedió con fraude, colusion ó indefension.

42 El inmediato sucesor tiene un derecho muy cercano al mayorazgo, y le interesa anticipar su defensa para que no pase á otra línea, de la cual no podrá recobrarle, ó á lo menos le será mas dificil. Por estos respectos se entiende la cámara con el inmediato sucesor del mayorazgo, cuando el poseedor solicita imponer censo, enagenar parte de sus bienes, permutarlos, y hacer cualquiera diligencia de que pueda resultar daño al mayorazgo; y he visto tambien en caso de obligar al poseedor á la venta de algunos bienes, por ser necesarios á la causa pública, mandar se practicasen las diligencias de reconocimiento y tasacion, y las demas que ocurran, no solo con el poseedor, sino al mismo tiempo con su inmediato sucesor.

43 Si se observasen en los casos referidos y en otros semejantes los medios indicados, que aprovechan siempre y nunca dañan, se ocurriria á las

dudas y controversias excitadas sobre el tiempo de la apelacion de los terceros, que llaman interesados de segundo órden; pero dejándolos por un momento en el concepto referido, y permitiéndoles tambien que cuando no apela el principal de la sentencia lo puedan hacer los de segundo órden, conviene exponer que á estos no les es permitida la libertad de apelar de la sentencia, como la tienen los principales, pues se la restringen las leyes al caso que tengan y prueben justa causa, cual seria el no haber apelado el principal que litigaba dejando indefensa la justicia del tercero.

44 La proposicion antecedente se manifiesta en el literal contesto de las leyes: en la 4. *tit.* 23. *Part.* 3. se dispone por regla que se puedan alzar de las sentencias, no solo los señores de los pleitos ó sus personeros, cuando fuese dado juicio contra ellos, «mas »aun todos los otros, á quien pertenece la pró, é el daño, que viniese de »aquel juicio.» Pone la ley el ejemplo cuando es dada sentencia contra el comprador, y no se alzase; y entonces, permite al vendedor que pueda hacerlo: «porque es tenudo de facer sana la »cosa que vendió;» y es de observar que no basta que sea dada la sentencia contra el comprador, sino se une la condicion que expresa la misma ley, de que no se alzase de ella.

45 La *ley* 7. *del prop. tit. y Part.* permite á los legatarios que puedan apelar de las sentencias que son dadas contra los herederos escritos sobre nulidad del testamento, bajo la propia condicion de que no se alzaron del juicio. La *ley* 36. *tit.* 5. *Part.* 5. señala por uno de los casos en que el vendedor no es responsable á hacer sana la cosa cuando el comprador no apeló de la sentencia que fué dada contra él, estando ausente el vendedor; y las 4. §. 3. y 5. §. 1. *ff. de Appellation.* proceden con la misma regla á favor del vendedor y de los legatarios, cuando los principales que seguian el juicio no apelan de la sentencia; pues se considera haberse dado sin la debida y cabal defensa de sus derechos con el fin de que el vendedor y los legatarios perdiesen los suyos.

46 Si los principales apelan en tiempo, no puede hacerlo el legatario ni el vendedor; pues solo se les permite en este caso adherirse á la apelacion, y coadyuvar á los interesados de primer órden. Esto es lo que literalmente dispone la citada ley 7. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: «Otrosí decimos, que si »los herederos se alzasen de aquel juicio, que aquellos á quien fué mandado algo en el testamento, pueden ser »con los herederos en seguir aquella »alzada;» confirmándose por esta disposicion lo que explican las otras leyes acerca de la apelacion que permiten al legatario y al vendedor cuando se verifica la condicion de que sus principales no hayan apelado en tiempo.

47 Lo mismo sucede con el inmediato sucesor, quien puede apelar en el caso referido de no haber apelado el poseedor de la sentencia que es dada contra éste. En estos términos se explican Molina *de Primogen. libro* 4. *cap.* 8. *n.* 10., y el señor Covarrubias *en el cap.* 15. *de sus Prácticas* con otros muchos.

48 Esta proposicion se confirma por la *ley* 2. *del enunciado título* 23. *Part.* 3., pues dispone: «Que si juicio »fuere dado contra algund Personero, »en pleyto que él demandase, ó defen»diese por otro; que si el Personero »non se alzase del, que el Señor del »pleyto lo puede facer; maguer non se »oviese acertado, en demandar, ó en »defender el pleyto: é si por aventura »el Personero, despues que fuese ven»cido, non se alzase, así como diximos, »nin lo ficiese saber á aquel, cuyo era »el pleyto, de como era vencido, pué»dese alzar el Señor fasta diez dias, »desde el dia que lo supiere.»

49 Por todo lo que se ha referido se demuestra que empezando la facultad de apelar á los interesados de segundo órden desde el punto en que no lo hicieron sus principales, dejando pasar el término en que podian hacerlo, es preciso confesar que el curso del plazo señalado á los principales para su apelacion no perjudica á los

segundos interesados, y que estos lo han de tener igual despues de aquel para usar de la suya, y que su principio no puede ser otro que el de la noticia que tengan de no haberse apelado de la sentencia: porque la ignorancia de hecho á ninguno perjudica, no pudiendo precaverla ni aun los mas sabios y prudentes; y en esto hallo yo el resúmen de toda la razon, que pone de manifiesto el derecho de los segundos interesados para defenderse por medio de la apelacion contra los que obtuvieron sentencia favorable, no porque probasen su justicia, sino por la indefension de la causa, que es la presuncion que consideran las leyes y los autores en el caso referido.

50 Cuando el actor empezó el pleito, no concebiria asegurarse con un vencimiento permanente por sola una sentencia; y el que se le obligue á continuar la causa con los interesados de segundo órden, como lo hubiera hecho con los principales, es conforme á sus intenciones y á las que por un curso regular tienen todos los actores cuando demandan sus derechos. Tampoco es igual la suerte del que venció con sola una sentencia, y la de los legatarios, vendedores é inmediatos sucesores de los mayorazgos: porque aquel puede esperar en su justicia que se confirme la sentencia, y lograr por la cosa juzgada mayor firmeza en sus derechos; pero los interesados de segundo órden, perdidos desde luego los suyos, no pudiendo usar de la apelacion, y reuniendo todas estas consideraciones, los recomiendan mucho en la equidad y buena fe con que se debe buscar la verdad y la justicia segun nuestras leyes sin detenerse en escrupulosas cuestiones.

51 Con solo este último principio de equidad, buena fe y verdad, tan propia y necesaria en los juicios, se viene á parar en una demostracion, que pone en suma claridad toda esta materia sin necesidad de hacer uso de intrincados argumentos, difusas y oscuras disertaciones. Redúcese esta demostracion al punto de la restitucion, de que pueden seguramente usar los interesados de segundo órden contra la sentencia que es dada en primera instancia, y pasó en autoridad de cosa juzgada contra los principales litigantes por no haber apelado de ella: porque este remedio es bien conocido en las leyes, y observado en los tribunales, defiriendo á él fácilmente por cualquiera de las razones que en general excitan la equidad y la justicia.

52 El cardenal de Luca *en el discurso* 37. *de Judic. n.* 12. supone como regla constante que el procurador, que tiene poder para seguir algun pleito á nombre del principal no necesita de otro especial para apelar de la sentencia que es dada contra él, y que en uso del primero debe hacerlo, ó quedar responsable en su defecto á los daños que resulten al señor del pleito; pero asegura que nunca vió usar de esta accion, ibi: *Adeo ut contra procuratorem non appellantem concedatur actio ad interesse*; *quam tamen numquam vidi practicari.* En los propios términos habla Scac. *de Appellationib. q.* 12. *n.* 125. ibi: *Numquam vidi enim principales egisse contra procuratores negligentes, et multo minus vidi procuratores negligentes condemnari*: *adeo quod de consuetudine non servatur, ut dominus agat contra procuratorem.*

53 La *ley* 2. *tit.* 23. *Part.* 3. concede dos medios al principal cuando no apeló su personero: uno es el que pueda usar contra éste de la accion para recobrar todo el menoscabo que padeció por su culpa en no haberse alzado, «podiendo, é debiéndolo facer:» otro que no teniendo el personero bienes con que pueda hacer enmienda al dueño del pleito, pueda éste apelar; y asegurándose por los autores referidos y por otros muchos que el primer medio indicado no tiene uso en los tribunales, queda reducido siempre al segundo de apelar de la sentencia.

54 Para apelar pues de la dicha sentencia deben implorar el remedio de la restitucion *in integrum*, procedente de aquellas causas generales que inclinen el juicio del pretor á la equidad de templar el rigor de la ley, y suplir lo que por ella no está expresa-

mente determinado; porque estos son oficios que corresponden al pretor ó magistrado segun su primitiva institucion y el uso que siempre tuvieron (de que hace especial mérito el §. 7. *Instit. de Jure natur. gent. et civili*, con lo demas que en su razon expone Vinn.) dispensando los auxilios conducentes á reparar el daño que sufren las partes sin culpa ni omision suya. De esta especie de restitucion *in integrum*, que es general á todos, aunque no sean menores, tratan los autores concretándola al caso referido de haber pasado la sentencia en cosa juzgada por no haber apelado en tiempo el personero; y aseguran que compete al principal, y que se le concede con facilidad, alegando y probando cualquiera simple injusticia que contenga la sentencia, que rara vez falta en el dictámen de los jueces por la variedad de sus opiniones.

55 El mismo cardenal de Luca en el citado *discurs*. 37. *de Judic. n.* 13., supone que la negligencia del procurador en no apelar perjudica á su principal; pero que esta misma negligencia es justa causa de la restitucion *in integrum*; y en el *discurs*. 38. se explica con mayor extension al *num*. 11. ibi: *Atque hinc manat id quod pluries alibi insinuatum est, quod scilicet res judicata ob non interpositam vel desertam appellationem, in curia quodammodo cæremonialis videtur, atque numquam victorem tutum reddit, ut judicato acquiescat, dum etiam post longissimi, ac pene integri sæculi recursum, cum nimia facilitate respondetur de causis restitutionis in integrum ex capite injustitiæ, quæ resultare videatur, etiam in articulis dubiis, eo quia illis, qui de præsenti sedent in tribunali, magis una quam altera opinio placeat, juxta consuetam ingeniorum varietatem, disputando de meritis causæ per apices, perinde ac si ea esset nova, et integra.*

56 Para comprobar esta doctrina conduce todo el *título del Digesto, de In integrum restitutionib.*, señaladamente la *ley* 7; pues refiriendo en su principio algunos casos en que la equidad dictaba socorrer á los que de otro modo padecerian daño si se observasen las solemnidades de la ley, extiende este auxilio generalmente á todos los que eran engañados sin culpa suya, como se expresa en el §. 1. ibi: *Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit::::: et boni prætoris est, potius restituere litem, ut et ratio, et æquitas postulabit.* La *ley* 8. *del prop. titul.* se explica con mayor expresion: ibi: *Ei vero, qui reipublicæ causa abSit, cæteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.*

57 Ahora se entenderá bien la disposicion de la citada *ley* 7. *tit*. 23. *Part*. 3. en las dos partes que contiene: en la primera dice que si juicio fuese dado contra los herederos escritos, y estos no apelasen, que los legatarios pueden tomar alzada y seguirla. En la segunda parte asegura que apelando los herederos, pueden ser con ellos los legatarios en seguir aquella alzada; pero no les permite interponerla, consistiendo esta diferencia en que para venir los legatarios á su apelacion, deben hacerlo por el medio extraordinario de la restitucion *in integrum*, el cual no se concede á los que pueden usar del ordinario, adhiriéndose á la apelacion interpuesta en tiempo por los principales litigantes.

58 Queda al parecer bien demostrada la proposicion en todos los casos referidos de la grande diferencia que hay entre la cosa juzgada, que nace por el rigor de la ley de una sola sentencia, por no haber apelado el principal que litigaba, y la que se causó con tres sentencias conformes ó con dos en los casos que previenen las leyes; y del mismo modo se ha manifestado la razon de equidad y justicia, que obliga á socorrer á los que sin culpa ni omision propia estan expuestos á padecer daños, y que deben implorar este auxilio por el medio indicado de la restitucion *in integrum*.

59 Los efectos de este remedio se

han explicado y fundado latamente en el capítulo nono de la primera parte de estas *Instituciones*; reduciéndose su principal influjo á reponer á la persona que lo obtiene en aquel mismo dia, en que se dió y notificó la sentencia á los que entonces litigaban; y así viene á verificarse por una ficcion legal, equivalente á la misma verdad, que el tercero se halló en el pleito cuando se dió la sentencia, que entonces tuvo noticia de ella, y que apeló dentro de los términos que señalan las leyes á todos los que litigan; en cuyo concepto se pueden considerar ociosas todas las disputas acerca del tiempo en que ha de empezar á correr el de la apelacion, debiéndose convenir en que es el mismo, y con el mismo principio que se concedió á los principales que litigaban y no apelaron.

60 Por los medios insinuados, señaladamente el de la restitucion *in integrum*, se vienen á conciliar las opiniones que parecerian contrarias: porque es cierto que luego que el tercero tiene positiva noticia de la sentencia dada contra el principal, y que por no haber éste apelado le perjudica, le empiezan á correr los dias de la apelacion para implorar dentro de ellos la restitucion; y no haciéndolo en dicho tiempo, se entiende que lo renuncia, y cerrado este medio no puede llegar el fin de la apelacion; pero si se le concede este auxilio, y por su efecto se le admite la apelacion que debe interponer al mismo tiempo, se entiende que la interpuso, y le fué admitida en el mismo término en que puede hacerlo el principal.

61 Como los autores que se han referido, y otros muchos señalan diez dias para apelar, y proceden sin disputa en este sistema, no puedo menos de advertir que las *leyes* 1. 4. *y* 7. *tit*. 18. *lib*. 4. *de la Recop.* señalan uniformemente solos cinco dias para el efecto; y no es lícito separarse de estas respetables disposiciones.

## CAPÍTULO X.

### *De los terceros opositores excluyentes.*

1 Hay otra clase de terceros opositores, que aunque toman este título del mismo orígen y causa que los coadyuvantes, se diferencian sin embargo en el fin á que se dirigen. Tales son los que llamamos terceros opositores excluyentes; quienes lejos de tratar de auxiliar á otros como los coadyuvantes, solo intentan derribarlos y destruirlos. Los unos son accesorios en los juicios, y los otros principales.

2 Deseando los autores explicar todas las partes de los terceros excluyentes, hacen uso del ejemplo siguiente: Cuando alguno se titula dueño de la cosa, de que está otro en posesion, le pone su demanda ante juez competente, y refiriendo sucintamente los hechos en que la funda, concluye pidiendo que el juez condene al demandado á que se la restituya: comunícasele traslado, y en uso de él contesta y responde contradiciendo la pretension: si la confesase, seria tambien contestacion, como se expuso en el capítulo cuarto de la primera parte; pero faltarian términos para el caso y cuestion que se propone, porque inmediatamente entregaria la cosa que se pedia, y se acabaria la causa.

3 Contestada la demanda con la contradiccion que se insinúa, tiene su curso ordinario, y en cualquiera parte y estado en que se halle el juicio, sin incluir la sentencia difinitiva, viene á él otro actor, y se presenta con el mismo concepto de señor de la cosa, que halla en poder del mismo reo anteriormente demandado, y pretende su restitucion del mismo modo que lo hizo el primero, excluyendo á los dos de los respectivos derechos que habian producido.

4 Esta instancia es nueva y diversa de la primera en las personas, en la accion y en la causa de que procede. El actor usa de su derecho en tiempo y forma, y debe ser oido por el mismo órden de contestacion, prueba y defensa que corresponde, como sien-

ten unánimemente todos los autores.

5 La duda de la cuestion consiste únicamente en si la primera causa que está adelantada, cuando se empieza la segunda, se ha de suspender hasta que ésta iguale á la otra en su curso y estado, continuando despues unidas para que sean determinadas en una misma sentencia; ó si cada una ha de seguir independiente y separada, y determinarse la primera que llegue al estado de sentencia sin perjuicio de que la otra, que se halla mas atrasada, continúe por sus trámites hasta que se dé en ella sentencia difinitiva.

6 La resolucion de esta duda se halla muy complicada entre los autores: unos quieren que la causa primera, que se supone adelantada cuando empieza la segunda, no se detenga ni un momento, y que se determine difinitivamente cuando llegue á su estado sin esperar á que le tenga igual la segunda. Esta es la opinion del señor Covarrubias en el *cap.* 14. *de sus Prácticas n.* 4. *in medio*: ibi: *Nos vero contrarium jure respondendum esse censemus, asseverantes tertium oppositorem, quoties non accesserit ad defendendum reum, audiendum quidem esse, ita tamen, ut nullo equidem momento impediatur litis examen, et definitio inter actorem, et reum, quoad ipsorum præjudicium, et commodum.* Al fin del citado *n.* 4. ratifica este autor la misma opinion: ibi: *Admitti debeat ad allegationem, et probationem propriæ intentionis; ita tamen ut propter hanc oppositionem nulla in parte differatur definitio litis inter actorem, et reum, quoad eorum præjudicium, præsertim ubi tempore hujus oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio. Etenim, tunc ipse admitterem tertium ad allegandum, et probandum, absque præjudicio publicationis, conclusionis, et definitionis ipsius lites inter actorem, et reum. Atque ita non semel vidi pronuntiari, et pronuntiavi ex collegarum judicio in hoc regio Granatensi prætorio.*

7 Salgado sigue la opinion del señor Covarrubias, y la refiere al *n.* 68. *de la part.* 4. *cap.* 8. *de Reg.*, y con mayor extension en la *part.* 2. *cap.* 13. *de Retention.*, llenando de elogios la resolucion de este sabio autor, y las autoridades y razones en que la funda, señaladamente en el *número* 13. *y siguiente*, en donde refiere otros muchos que se adhieren al mismo dictámen.

8 Otros autores admiten y siguen la contraria acerca de la última parte, que da motivo á la disputa, asegurando que en el caso propuesto, el nuevo actor, que viene al juicio pendiente como tercero excluyente, hace suspender su curso en el estado en que se halla hasta tanto que la nueva accion y demanda sea examinada y probada entre las partes del primer juicio, y se igualen los dos en su estado, de manera que puedan determinarse en una misma sentencia: Bald. *in cap.* 1. *§. Duo, de Pace tenenda*: Innocen. *in cap.* 38. *de Testib. n.* 1. *in fine:* Castill. *Controversiar. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 9. *vers. Deinde constituo*: Greg. Lopez *in leg.* 6. *tit.* 10. *Part.* 3. *gloss.* 2. *in fin.*: Paz *de Tenut. tractat.* 1. *cap.* 20. *præcipue n.* 11.; y otros muchos que estos refieren.

9 Por el hecho mismo de ser tan encontradas las opiniones de los graves y sabios autores que han examinado de intento la cuestion referida, se manifiesta que no han encontrado ley ni canon, que ni en su letra ni en su espíritu decida este punto, no siendo de esperar que se hubiesen dividido en los dictámenes, separándose de las disposiciones claras de las leyes; sino que por no haberlas, han tomado la libertad de persuadir sus respectivas opiniones con argumentos oscuros, discursos intrincados y observaciones dudosas.

10 Y si estos sabios maestros no se han podido convenir, ni asegurar en el medio ni en la resolucion que se debe tomar en el caso propuesto, ¿cómo podrá hacerlo un letrado ó un juez que se hallen en los principios de su profesion, por mas que se fatiguen en leer y meditar las disertaciones referidas? Ocuparán en esto mucho tiempo, y quedarán en el mismo conflicto y perplejidad, bien

que con el auxilio de poder tomar el partido que mas acomode á sus deseos; de donde nace la facilidad de excitarse y continuar sin riesgo de temeridad las pretensiones y pleitos. El que viene al juicio en calidad de tercero excluyente, viendo mas adelantado al primero que litigaba, deseará detener su curso hasta igualarse con él, y así lo pedirá al juez que conoce de la causa. El primer actor hará su vigorosa repulsa, porque se interesa en acabar con brevedad su instancia, y en recobrar la posesion de la cosa que pretende. Las sentencias serán por lo comun varias, por la natural inclinacion con que disienten los hombres, cuando no hallan ley superior que los detenga; y siempre quedará este artículo indeciso y con necesidad de oportuno remedio; y entretanto que se logra, diré lo que entiendo sin repetir de modo alguno los argumentos y las consideraciones, que hacen los autores referidos en prueba de sus respectivas opiniones.

11 Mi pensamiento está reducido á examinar los perjuicios y las utilidades, que se hallen en uno y otro medio; y despues de haberlos combinado, tomar el camino que con menor riesgo y mayores ventajas del público y de las partes las conduzca al fin que se proponen: porque en esto consiste la verdadera razon que excita y anima las leyes generales y particulares, que se forman por el juicio y sentencia de los jueces, siguiendo siempre el mayor interes de la causa pública, y el beneficio de los que litigan.

12 Si cuando viene al juicio un tercero, que pretende excluir de su derecho á los dos que anteriormente litigaban en el caso propuesto, lograse que se suspendiese el curso de la primera causa, que se hallaba ya conclusa (que es el estado de su mayor adelantamiento), y que no se procediese á sentenciarla hasta que la segunda demanda, corriendo todos los trámites ordinarios, llegase á su conclusion, padeceria el primer demandante un daño, que consistia únicamente en no llegar tan pronto á ponerse en posesion de los bienes que pretendia; y esto sucederia, cuando la sentencia que se diese en su causa le fuese favorable, y no apelase de ella el reo; y como estos dos efectos no eran seguros al tiempo que el segundo actor intentaba la suspension, lo mas que venia á perder en ella el primero seria la posibilidad de recobrar con mayor brevedad la posesion de los bienes demandados; pero este beneficio, cuando se verificase tan de lleno á sus intenciones, traeria incomparables perjuicios á la causa pública, al reo demandado, y aun al mismo actor del primer juicio.

13 El reo debe contestar á la segunda demanda, y en este solo paso queda envuelto en dos pleitos; y siendo el fin de las leyes disminuirlos y reducirlos, se peca en este punto contra sus disposiciones. El mismo reo debe presentar con su escrito de contestacion, y en el breve término que señalan las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. y 2. tit. 3. lib. 11. de la Nov. Recop.), las escrituras que tuviere, y en que pretenda fundar su defensa; y siendo regular que las haya presentado para el mismo fin en la causa primera, no podrá hacerlo en la segunda, que ha de seguir separada á menos que pida, y se le mande dar testimonio de ellas con citacion del nuevo actor, sufriendo esta dilacion y los gastos necesarios.

14 El primer actor, que por tener su causa adelantada, haya logrado recobrar con mayor brevedad la posesion de los bienes que pretendia por efecto de la sentencia favorable, que por no apelar el reo pasó en autoridad de cosa juzgada, no la recibe en un estado permanente y seguro: porque no se la entregará el reo sin que le indemnize por medio de la caucion y fianza que previenen las mismas leyes, á que se acogen los autores de esta opinion, y queda por ellas responsable á las resultas de la otra causa que corre separada; siendo de su cargo continuarla en el estado en que se halle, y defender su derecho contra el que intenta el tercero, y restituirle los mismos bienes si venciese en la sentencia.

15 Si de la sentencia, que es dada en primera instancia á su favor en la causa introducida por el primer actor, apelase el reo demandado, tendrá la causa su curso en segunda instancia entre los dos primeros litigantes con un efecto suspensivo de la sentencia; y al mismo tiempo deberán seguir los dos la segunda, que se quedó pendiente con el tercero excluyente en primera instancia; y entonces serán mas considerables los perjuicios de las mismas partes, y los de la causa pública, en el mayor número de pleitos, y en los repetidos gastos y dilaciones que necesariamente han de ocurrir. Todo esto puede suceder facilmente, si no se suspende la determinacion de la causa primera para que sean determinadas en una misma sentencia; y por no sufrir el primer actor una leve dilacion, queda sujeto á otras mayores y á mas excesivos gastos.

16 Permítase que el actor de la primera causa lograse por todos los trámites de tres sentencias conformes calificar el dominio de los bienes que pretendia, y recobrar su posesion; pero como este derecho solamente causaria estado permanente con el reo demandado y no con el tercero que solicitaba excluir á los dos, podria suceder que en esta segunda causa no fuera tan feliz su suerte, y se estimase preferente el derecho del nuevo actor, viéndose obligado el primero á restituirle los mismos bienes, que á tanta costa habia recobrado del poseedor á quien demandó; y estas son otras resultas que justamente se deben temer para no arriesgarse á tropezar en ellas, siguiendo el medio de que corra la primera causa independiente y separada de la que posteriormente instauró el tercero opositor excluyente.

17 En su nueva demanda concibió y trató el opositor excluyente como reos al poseedor de los bienes que pretendia, y al primer actor que los solicitaba, al uno por razon de la posesion, y al otro por la accion que impugnaba; y como este juicio envolvia una comparacion sobre preferencia de los respectivos derechos que producian las partes, no podia el juez asegurarse de la verdad, no teniendo á la vista al mismo tiempo las escrituras y probanzas, que hubiesen hecho las partes en las enunciadas causas; y como es tan propio del oficio del juez buscar la verdad y la justicia por todos los medios posibles, ninguno podia hallar mas oportuno que unir la segunda instancia del tercero excluyente á la causa primera, detener su curso, oir á las partes sus recíprocas defensas, y llegar al tiempo de dar la sentencia con toda la instruccion debida. Siendo pues este camino tan descubierto y conforme á las intenciones de las leyes, no debe tomarse el otro, que está lleno de los inconvenientes y peligros que se han indicado.

18 La sentencia que se diere á favor del actor de la primera causa, estando ya pendiente la segunda, se puede concebir poco menos que ilusoria, si fuese vencido y condenado á restituir los mismos bienes al tercero opositor excluyente: porque hay poca diferencia entre no haberlos recibido, ó tener que restituirlos brevemente; y este riesgo, á que no es justo exponer facilmente los juicios, justifica tambien la suspension del primero.

19 En las palabras y razones del mismo señor Covarrubias, si bien se meditan, se descubrirá que no procedió con igual firmeza de opinion en todas las partes y estado de la causa; pues aunque establece la regla de que no debe suspenderse con motivo de la oposicion del tercero, añade como caso principal en que ésta debe tener lugar, cuando viene á la causa el tercero opositor excluyente, estando ya conclusa, ó hecha publicacion de testigos, ibi: *Præsertim ubi tempore hujus oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio::::: Etenim tunc ipse admitterem tertium ad allegandum et probandum absque præjudicio publicationis, conclusionis, et definitionis ipsius litis inter actorem, et reum; atque ita non semel vidi pronuntiari, et pronuntiavi ex collegarum judicio in hoc regio Granatensi prætorio:*

*quod æquitati potissime convenit ob frequentes has oppositiones, quæ plerumque dolo et fraude fiunt, non alia ex causa, quam quod reus, timens justissimam condemnationem, diem differri velit.*

20 ¿Por qué principios graduaria el señor Covarrubias de dolosa y fraudulenta la oposicion del tercero excluyente, para dar entrada con este supuesto á la equidad en que funda su opinion? Lo cierto es que la oposicion del tercero excluyente puede ser justa, y dirigida á mantener y recobrar sus derechos; y todas las reglas de caridad y justicia obligan á tenerla por buena, y no declinar á concebirla delincuente, como lo seria si la hiciese por dolo ó fraude solo con el fin de impedir la determinacion de la causa pendiente entre los dos principales litigantes; haciéndose mas distante la presuncion de dolo ó fraude á vista de que el tercero no tiene interes propio en dilatar la primera causa, sin cuyo estímulo es aun mas repugnante el concepto de fraude, que se motiva en la enunciada oposicion del tercero.

21 La *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. *de la Recop.* (Ley 16. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) habla determinadamente de un tercero excluyente, que se opone á la ejecucion despachada á instancia del que habia litigado con otro. No distingue la ley sobre si la ejecucion procede de cosa juzgada ó de instrumento público: porque estas dos causas son iguales, y se comprenden con uniformidad en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. (Ley 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) tampoco distingue la ley de los derechos que produzcan los terceros opositores, ya sea por razon del dominio, ya de la posesion ó de la preferencia en la cosa que se va á entregar, ó vender por efecto de la ejecucion; y con estos presupuestos dispone: «Que cuando contra alguna ejecucion »se opusiere alguna muger por su dote, »ó otras personas, no se mande dar »informacion sumaria, sino que resciban luego á prueba con término ordi»nario á los opositores por via ordina»ria;» y aunque en su principio refiere como ejemplo la oposicion, que hace la muger por su dote, continúa con la cláusula indefinida «ó otras perso»nas,» que en su caso equivale á la universal; y la misma repite en la palabra «á los opositores.»

22 Por esta ley quedan removidas dos graves dudas que sobre este punto habian excitado los autores, y producian discordias en los tribunales: la una consistia en que los terceros opositores excluyentes no se admitian á la causa, si no probaban de un modo sumario el buen aspecto de su derecho; y esta prévia diligencia queda positivamente removida por la ley, en cuanto dispone «que no se mande »dar informacion sumaria, sino que »resciban luego á prueba con término »ordinario á los opositores por via or»dinaria.»

23 Esta literal disposicion califica en la segunda parte que la causa ejecutiva, á que salió el tercero opositor, se suspendió en aquel momento hasta que se complete el juicio ordinario, y que se vea al tiempo de la sentencia el mejor derecho comparativo entre el primer actor y el segundo excluyente.

24 Esta es la natural inteligencia de la ley, y por ella conviene observar lo primero que el curso de la via ejecutiva es mas impetuoso que el del juicio ordinario, y deteniéndose aquel con la sola oposicion del tercero excluyente, se hará mas fácilmente en el de éste: lo segundo que el actor de la primera causa, que habia logrado los efectos de la cosa juzgada, estaba mas cerca de gozar sus bienes, ó sus derechos, cuando se los impugnó el tercero excluyente; y suspendiéndose su ejecucion, con mayor razon se debe suspender el curso de la via ordinaria.

25 La reconvencion y mútua peticion, que pone el reo demandado á su actor, conviene en muchas partes con la demanda del tercero excluyente, y de su cotejo podrán tomarse algunas luces, que aseguren mas el pensamiento indicado de que se suspenda la causa primera, cuando viene á ella el tercero excluyente, y que se determinen las respectivas pretensiones en una misma sentencia.

26 La reconvencion ó mútua peticion es una demanda nueva, que pone el reo demandado á su actor, y es diversa en todas sus partes de la que éste habia promovido; pues aunque las personas suenan unas mismas, se presentan con diversas representaciones legales, convirtiéndose en actor en la segunda instancia el que es reo en la primera: la cosa que respectivamente se demanda es tambien diversa; y lo son igualmente las acciones y las causas de que proceden; y estando acordado por las leyes y los cánones que el juez de la primera causa puede y debe conocer de la segunda, cuando se propone en su tribunal en tiempo oportuno, está demostrado que la enunciada diversidad de causas no embaraza la identidad en el conocimiento y determinacion por sola una sentencia.

27 La demanda del tercero excluyente, aunque sea diversa en algunas partes de la causa anterior en que se presenta, no lo es tanto como en todas las que se han referido en la reconvencion y mútua peticion: porque el reo es uno mismo respecto del primer actor y del segundo excluyente: la cosa que demandan los dos es tambien una misma; y así aunque en las acciones, en las causas de que nacen, y en las personas de los actores se verifique su diversidad, no deben embarazar el conocimiento y determinacion uniforme de las dos instancias ó demandas.

28 Para reunir la reconvencion á la primera causa hay que vencer grandes dificultades: la primera consiste en lo que disponen las leyes por regla general de que el actor demande al reo en su fuero, y aunque el actor sea de otro diverso, queda sujeto en la reconvencion al del juez del reo, á quien él mismo demandó: la segunda que aunque este primer actor sea eclesiástico, no le aprovecha la inmunidad para no contestar á la reconvencion en el fuero del juez lego.

29 La dispensacion de las leyes, que favorecen al actor para que sea demandado en su fuero, se justifica sobre otras causas de mayor utilidad: la primera consiste en que el actor, á quien demandó el reo, aprueba la integridad, conducta y justificacion del juez ante quien puso su causa, y no es lícito ni decoroso que rehuse ser juzgado por él en la que le mueve el reo de mútua peticion: la segunda, que es la principal y mas próxima de la dispensacion referida, consiste en la utilidad pública que se asegura reuniendo los dos juicios, y continuando en ellos con igual curso hasta determinarlos por una misma sentencia, cortando los gastos y dilaciones, que con dolo y malicia promovian las partes, cuando seguian las dos causas á un mismo tiempo en juicios separados.

30 Todas las enunciadas proposiciones correspondientes á la mútua peticion y sus efectos estan calificadas mas por extenso con las leyes y autoridades, que se refieren en el capítulo sesto de la parte primera de estas *Instituciones*; y cotejándolas ahora con la causa del tercero excluyente, se hallará á primera vista su uniformidad en las dos causas principales indicadas; pues el tercero excluyente busca por juez en su demanda al que lo es del fuero nativo del reo demandado, y aprueba en este hecho la integridad y justificacion de su persona: el primer actor prestó igual consentimiento y aprobacion en su demanda; y esta es la primera causa indicada en la reconvencion.

31 La union de las dos instancias es la segunda causa, que tambien se ha referido, y los efectos de la utilidad pública son unos mismos en uno y otro caso, y parece que deben gobernarse por unos mismos principios, no permitiendo la separacion de las causas sino uniendo su conocimiento, aunque sea con el ligero perjuicio que se ha explicado en el actor de la primera.

32 Es cierto que no tiene lugar la mútua peticion, sino la que propone el reo al tiempo que contesta su demanda dentro de los veinte dias, que á este fin señala la *ley* 1. *tit*. 4. *lib*. 5. *de la Recop*. (Ley 1. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Recop.); pero esta ley cortó las dudas y opiniones, que antes de ella excitaron los autores acerca del

estado en que podian proponerse las reconvenciones, y no hay menor necesidad de poner igual remedio en las causas de los terceros excluyentes; pero entretanto me parecia mas conveniente seguir el pensamiento que he apuntado, reducido á que se tome el partido de oir *ex integro* al tercero excluyente, viniendo al juicio antes de la sentencia, sin perjuicio del estado de la primera causa, y sin proceder *ad ulteriora* hasta que estando en igual estado la del tercero excluyente, se puedan determinar las dos en una misma sentencia, guardando el órden de antigüedad, segun se observa en las principales demandas y en las reconvenciones, y se explicó en el citado capítulo sesto.

33 Cuando se presenta el tercero excluyente con su demanda, no se le da inmediatamente entrada á la causa, ni se acuerda mandar por el juez que corra unida á la primera, ni que ésta se suspenda; este es un incidente que pide algun exámen aunque sumario y breve, y á este fin se da traslado al actor y reo de la primera causa.

34 Si actor y reo reconocen buen derecho en la demanda del tercero excluyente, y no impugnan que corra unida con la primera, ni que las dos se determinen en una misma sentencia, no hay que tratar ya de opiniones, porque todas las allana el mútuo consentimiento de los interesados; y á la verdad que pueden serlo en la union de las dos causas, aunque se suspenda la primera por algun tiempo, excusándose por este medio de los mayores perjuicios, que se han manifestado en que se sigan separadamente; y con solo este fin de oir el dictámen de las partes, que litigaban como principales, se justificaria el traslado que se les da, sin que el juez pueda excluir de oficio al tercero.

35 El reo demandado ayudará las mas veces la intencion del tercero excluyente para que su demanda se admita, siga y determine juntamente con la primera, suspendiéndose el estado de ésta, por el grande interes què logra en que así se haga, y se demuestra por los dos medios siguientes: el primero que la suspension de la primera causa le conserva mas tiempo en la posesion de los bienes que se le piden; y el segundo porque le excusa los muchos gastos que sufriria defendiendo una misma cosa en dos juicios separados.

36 El actor de la primera causa será el único, que por no sufrir su dilacion impugnará la union de la segunda, tomando á mejor partido seguirla despues separadamente; pero á este propósito ocurren los inconvenientes y perjuicios de la causa pública, que se han referido, y se pueden añadir otros de no menor peso, si se examina un artículo, que no encuentro exactamente tratado ni decidido por los autores, que apoyan la separacion de las dos causas, cuando el tercero excluyente viene á la primera, estando ya conclusa, ó á lo menos publicadas sus probanzas.

37 Consiste este nuevo artículo en saber si la causa del tercero excluyente, en el supuesto de quedar separada de la primera, ha de seguir su curso inmediatamente con el mismo reo demandado y con el actor de la primera causa, ó si debe suspenderse y reservarse al tercero excluyente su accion para que use de ella, despues de acabada la primera causa, contra el que venciese, y quedase en la posesion de los bienes que intenta demandar.

38 Esta duda se motiva lo primero en que siguiéndose inmediatamente la demanda del tercero excluyente sin detener el curso de la primera, deberá entenderse con el mismo reo que está en posesion de los bienes y sufrirá la incomodidad de tener dos pleitos para defender una misma cosa.

39 Si esta nueva demanda se ha de entender á un mismo tiempo con el actor de la primera, á quien impugna su accion ó preferencia, se cae en el inconveniente de considerar á éste como reo, y sujetarle al conocimiento de un juez, que no es el competente por razon de su fuero, y no se descubre causa de utilidad pública, que justifique la derogacion de una regla tan fundamental.

40 Si la nueva demanda del tercero se ha de seguir con solo el reo, que está entonces en la posesion de los bienes, no perjudicarán estos autos, ni la sentencia que se diere en ellos al actor de la primera causa por no haber litigado, y aunque venza el tercero al reo demandado, no úsará con el otro de la cosa juzgada. En las dos causas separadas solicitarán respectivamente las partes su mayor brevedad y adelantamiento, al paso que intentarán por todos medios detener el curso de la otra causa para llegar cada uno primero al término de la sentencia y de la cosa juzgada; y la experiencia ha hecho conocer los fraudes de que se aprovecha la malicia en semejantes casos, y los grandes daños que resultan de permitir estos medios, que en iguales circunstancias se han detestado y prohibido por las leyes.

41 Luego que alguno se hallaba demandado en su fuero sobre el pago de la cantidad que debia, si por otra causa tenia accion contra el actor por alguna otra cantidad, usaba de ella ante el juez del fuero del actor, quien venia á ser reo en esta segunda causa, siguiendo necesariamente la regla general indicada, de la cual no podia apartarse segun las antiguas disposiciones de los romanos. Los daños públicos y particulares, que resultaban á los mismos litigantes de seguir á un tiempo estos dos juicios separados, los empezó á conocer la penetracion de Papiniano, y se hicieron notorios á los emperadores, quienes proveyeron de oportuno remedio mandando que el juez, que conociese de las causas del reo, pudiese conocer y determinar las que este entablase contra el actor, siguiéndose unidas en un mismo juicio. Este fué el principio de la reconvencion y mútua peticion, de que trata la *ley* 14. *Cod. de Sentent. et interlocutionibus*, y la *Autént. Et consequenter del prop. tit.*; y con mayor extension la *Novel.* 96. *cap.* 2. cuyo epígrafe dice: *De his qui conveniuntur, et reconveniuntur*; en donde previene que va á tratar de intento de esta materia.

42 En el cuerpo de la disposicion pone la *Nov.* el caso que la motiva, y la razon que la justifica: ibi: *Deinde qui factus est in conventione (reus, at ait Glossa), tanquam et ipse actorem obligatum habens, eum apud alium traxit judicem: et aliquid inopinabile fiebat: quia enim uterque seorsum actoris obtinet officium, miserandum quiddam, et risibile inde veniebat: mox enim cum voluisset aliquis propriam movere litem; repente is, qui ex diverso convenerat, apud alium judicem trahebat eum, apud quem ipse sortitus fuerat judicem.*

43 Hasta aquí se refieren los casos en que se dividian las instancias, que respectivamente promovian entre sí el actor y el reo, y en su consecuencia se expresan los daños que resultaban: ibi: *Et alterutros protrahentes immortaliter permanserunt litigantes*; y al fin del §. 1. ibi: *Ut ita tales eorum auferamus artes, et in alterutros calumnias.*

44 El remedio que se acordó para ocurrir á los daños, que esperimentaban no menos el público que los litigantes, fué reducido á disponer y mandar que el reo, que tuviese que promover alguna accion contra el actor que le demandaba, pudiera usar de ella, luego que contestara la demanda, ante el mismo juez que venia á ser el de su propio fuero, autorizándole para que conociese de una y otra á un mismo tiempo sin embargo de que el actor de la primera causa fuese de otro fuero; y si el reo no propusiese su demanda en aquel tiempo próximo á la contestacion de la otra, se le reservaba su accion para que usase de ella, acabada que fuese la instancia que contra él se habia promovido, sin permitirle entretanto que en juicio separado vejase, ni molestase al actor que le habia demandado.

45 Las artes y calumnias, de que usaban las partes para molestarse mútuamente en aquellos juicios diversos que se han referido, se verificarian igualmente en los que siguiesen el actor y el tercero excluyente separadamente contra el mismo reo; y era consiguiente que por la identidad de razon se prohibiesen los perjuicios, que

por estos medios resultarian á la causa pública y á los mismos litigantes.

46 Cerrado este paso quedan expeditos otros al tercero excluyente: uno reducido á usar de su accion cuando se hubiese acabado el primer juicio, coartándole la libertad de promoverla ántes, y para esta pena no se descubre causa alguna; pues si el reo, que queria reconvenir á su actor, tuvo que suspender su accion hasta que se acabase la primera causa, fué porque abusó de este beneficio que le dispensaba la ley, y acreditaba los deseos de vejar y molestar al actor con la nueva demanda ante diverso juez; pero el tercero excluyente lejos de rehusar el medio de poner y seguir su demanda ante el propio juez de la primera causa, y que se determinasen las dos en una propia sentencia, esto es lo que solicita con mas esfuerzo.

47 Si se dijese que el tercero excluyente viene tarde al júicio, pues el que ha de poner la reconvencion y mútua peticion debe hacerlo en el principio de éste, luego que lo contesta, y dentro del término de los veinte dias que señalan las leyes, se satisface plenamente á este reparo advirtiendo que no hay morosidad donde falta noticia, y sin ella no empiezan á correr los términos por mas estrechos que sean; y no presumiéndose que el tercero excluyente tuviese positiva noticia del pleito que se seguia entre otras personas, no se le puede imputar el haber usado tarde de su derecho. Lo contrario sucede en el que quiere poner la demanda de reconvencion y mútua peticion; y así le empieza á correr el término de los veinte dias desde la notificacion y traslado de la demanda que le puso el actor, y cuando no usa dentro de este término de la accion, manifiesta que no quiere hacerlo ante aquel propio juez; y como no puede ejecutarlo ante otro mientras esté pendiente la causa en que es demandado, por prohibirlo justamente las leyes, viene á conformarse el mismo reo con el único medio que le queda de usar de su accion en el fuero del actor, luego que éste haya acabado su causa.

48 Por todo lo expuesto me parece que se debe concluir toda la cuestion de este artículo con la regla constante de que en cualquiera tiempo, y estado de la causa en que venga el tercero excluyente, aunque esté conclusa ó publicadas sus probanzas, debe ser oido *ex integro* hasta que se iguale con el estado de la primera causa, y corran despues unidas las dos por un mismo juicio y sentencia.

49 Por limitacion de la regla insinuada podrá admitirse el caso de que en el ingreso de la demanda se pruebe que el tercero procede en ella con dolo y mala fe; ya porque sabiendo positivamente la que pendia entre el actor y el reo, esperó á que se adelantase, y vino despues á detenerla, ya porque desde luego aparezca frívola y calumniosa, ó se le pruebe su malicia por cualquiera otro medio de los que se confian al prudente arbitrio del juez en materia tan oculta y difícil.

50 Debe observarse por último que cualquiera duda acerca del dolo y fraude del tercero excluyente bastará para que no se impida el curso de su nueva demanda, y se suspenda la anterior; pues cuando en el progreso no la probase acreditando su buen derecho, entonces se manifestará la temeridad con que vino á litigar, y sufrirá la condenacion de costas, y de los perjuicios que causó á las otras partes.

## CAPÍTULO XI.

### *De la ejecucion de las sentencias.*

1 Hemos llegado al último oficio de la justicia, que es el de *jus suum cuique tribuendi*; y esto solo se cumple y verifica con la ejecucion de las sentencias, que es la causa primitiva en la intencion de los que litigan, pues siempre la dirigen á recobrar ó adquirir lo que les pertenece, ó á asegurarse en la posesion de los bienes que gozan. Las incomodidades, que los litigantes sufren en los pleitos, se templan con la esperanza de su victoria, y ésta seria vana y aérea si con la ejecucion de las sentencias no cogiesen el fruto que solicitan y desean. Salgad

*de Retent. part.* 2. *cap.* 18. *n.* 10. *y siguientes* recoge todas las autoridades que confirman la proposicion antecedente, y todas aseguran con uniformidad que ni por la sentencia, aunque pase en autoridad de cosa juzgada, ni por el mandamiento de su ejecucion se acaba el pleito hasta que se lleva á debido efecto, resultando de este principio consecuencias utilísimas que tambien se refieren en el lugar citado.

2 Cuando los litigantes han conseguido que se ejecuten las sentencias, unas veces logran la seguridad permanente de sus derechos, y en otras es solo temporal y sujeta á la suerte de que se reforme, ó se haga perpetua. La ejecucion, que procede de la cosa juzgada, mantiene su perpetuidad con proporcion á la que tiene su causa: ella es un efecto que debe guardar uniforme correspondencia con su orígen; y teniéndole en la misma cosa juzgada que hace una verdad inalterable, es preciso que los efectos de su ejecucion lo sean igualmente.

3 Si la ejecucion procede de las sentencias que no acaban el pleito, porque continúa en los tribunales superiores en virtud de la apelacion ó por otro recurso competente, como sucede cuando es admitida en solo el efecto devolutivo, se hace la ejecucion con calidad de revocable, así como lo está el principal juicio; y llegando la sentencia al término de cosa juzgada por cualquiera de los medios que se han explicado largamente en los capítulos cuarto y quinto de la segunda parte, pierde la ejecucion desde entonces la condicion de temporal, y recibe en aquel punto la de perpetua, como lo queda el juicio principal; y del mismo modo recibirá la revocacion si se diere sentencia contraria que pase en autoridad de cosa juzgada.

4 La *ley* 15. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* dispone y manda que dos sentencias conformes en los negocios que por su gravedad y entidad, y por las demas calidades, puedan admitir segunda suplicacion, se ejecuten en lo que fueren conformes sin embargo de la dicha segunda suplicacion [42], dando primeramente la parte, en cuyo favor se dieren, fianzas á contento de los jueces, de quienes se suplicare, que si la sentencia de revista se revocare, volverá lo principal con los frutos á la otra parte.

5 Este es un ejemplar de la ejecucion que se hace con calidad y condicion de revocable, atendiendo en la ejecucion al interes y beneficio de la parte á quien se declaró su buen derecho por dos sentencias conformes dadas en los tribunales superiores, y considerando al mismo tiempo la seguridad de la parte vencida por medio de las fianzas para el caso insinuado de que se revoquen las citadas dos sentencias.

6 Igual disposicion se halla en la *ley* 6. *tit.* 24. *Part.* 3. *ibi*: «Desde que »la sentencia fuere dada por el Rey, ó »por el Adelantado mayor de la Corte, »fasta diez dias puede pedir merced, la »parte que se tuviere por agraviada, »que le oya sobre ella. E si estónce le »fuere otorgada esta merced, puédese »mandar cumplir el juicio, si es dado »sobre cosa mueble, ó raiz; dando fia»dores el vencedor, que tornará todo »aquello de que se fué entregado, si el »Rey tuviere por derecho, de desfacer »aquella sentencia que era dada por él.» Por la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. publicada por el señor D. Juan el I. año de 1390 se hallaba dispuesto, y así consta al fin de la citada ley, que «en el caso »que la segunda sentencia fuere dada, »y fuere suplicado para ante Nos, que »no sea hecha ejecucion de la dicha »segunda sentencia, fasta que sea dada »la tercera sentencia confirmatoria, por »aquel, ó aquellos, á quien Nos lo en»comendaremos.»

7 Esta disposicion comprende todas las segundas sentencias sin distinguir que sean ó no conformes á las de vista, y en uno y otro caso con solo interponer la segunda suplicacion, no se ejecutaba la sentencia de revista. Esta es la verdadera inteligencia que se presenta bien descubierta en la letra de la citada *ley* 1., y la misma que la han dado los autores, considerando que por la enunciada *ley* 15. se corrigió la primera. Así se explica Acevedo sobre la citada *ley* 1. *vers.*

*último*, y en la 15. *vers.* 1., y mas expresamente lo dice Maldonado *de Secund. supplication. tit.* 5. *quæst.* 11. *núm.* 2.

8 La razon de utilidad pública que pudo mover al señor Don Felipe II á establecer la citada *ley* 15. el año de 1563, corrigiendo la anterior de 1390, no se expresa, ni aun se percibe de la referencia y contesto de la mencionada *ley* 15. Acevedo pasa sobre las enunciadas dos leyes sin indagar sus motivos y fundamentos. Maldonado en el lugar citado *núm* 3. reune tres causas parciales para formar una suficiente en que afianzar y justificar la nueva disposicion de la *ley* 15., y las reduce á las siguientes: á la grande autoridad de las dos sentencias conformes dadas por los tribunales superiores, y á la eficaz presuncion de su justicia: á que es muy debida toda reverencia en obedecer y cumplir lo que determina el príncipe con pleno conocimiento de causa, ó los ministros que inmediatamente representan su persona, asegurándolo con dos sentencias uniformes; y últimamente que se interesa la equidad en que no se retarde la ejecucion de las dos sentencias conformes con motivo de la segunda suplicacion, especialmente consultando la seguridad de la otra parte con las fianzas suficientes, que deben preceder á la ejecucion en el caso que obtenga sentencia favorable.

9 Estas mismas razones y fundamentos insinuó por punto general en iguales casos Vela *disert.* 36. *num.* 24.; pero si se consideran con buena reflexion los perjuicios grandes que desde luego nacen de la misma ejecucion de las dos sentencias, y los mayores á que estan expuestas las partes si se revocasen, se percibirá la mayor utilidad en la observancia de la citada *ley* 1., aunque las dos sentencias fuesen conformes, y en esperar la que se diese en el grado de segunda suplicacion para ejecutarla entonces libremente.

10 Las leyes adquieren desde su establecimiento un derecho de permanencia para no ser desatadas, ni corregidas en todo ni en parte, salvo que se probase manifiestamente que producian perjuicio público, y que podian y debian mejorarse. Esto es lo que disponen las *leyes* 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1. por aquella razon que entre otras muy graves insinúa la citada *ley* 18. *ibi*: «E porque el facer es muy »grave cosa, y el desfacer muy ligera, »por ende el desatar de las leyes, é »tollerlas del todo que no valan, no »se deve facer sino con gran consejo »de todos los omes buenos de la tier»ra, los mas honrados, é mas sabido»res, razonando primeramente los ma»les que y fallaren, porque se deban »toller; é otrosí los bienes que y son, »é que pueden ser.»

11 La observancia originaria y sucesiva por largo tiempo da otro realce á la utilidad y conveniencia pública de la ley, porque tiene á su favor otros tantos votos como son los pueblos que la han observado y guardado religiosamente; y por esta razon es tan recomendable el uso para entender y declarar el verdadero sentido de las mismas leyes, como se expresa en la 6. *tit.* 2. *Part.* 1. «Que ansi »como acostumbraron los otros de la »entender, ansi debe ser entendida, é »guardada;» y aun para probar el perjuicio que puede irrogar al público la ley, se hace grande consideracion de no haberla admitido el pueblo, como lo insinúa oportunamente el señor Covarrubias *lib.* 2. *Variar. cap.* 26. *n.* 6. *vers.* 5. ibi: *Nam et maxime præsumendum est, eam legem, quæ à republica non recipitur, minime ei convenire.*

12 Todas estas partes y circunstancias recomiendan la permanente utilidad de la citada *ley* 1., pues se supone que en su establecimiento fué muy examinada y probada, y que lo fué mas en el tiempo de mas de doscientos años que corrieron sin novedad hasta que por la enunciada *ley* 15. fué introducida la de permitir la ejecucion de la segunda sentencia, siendo conforme á la primera. Por otra parte no se expresa el daño que hubiese causado la observancia de dicha *ley* 1., ni se motiva el beneficio que podia traer la 15.; y como en los buenos principios de

la razon y de la ley no es conveniente mudar lo que siempre ha tenido interpretacion cierta, ni se permite introducir novedades no siendo la utilidad evidente, y ademas se observa generalmente en el establecimiento de las leyes manifestar el daño experimentado, y el bien que se promete con su enmienda, parece que faltando todas estas circunstancias en la referida *ley* 15. solo queda el arbitrio de recurrir á la *ley* 20. *ff. de Legib.* ibi: *Non omnium, quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*; y en la 21. *siguiente*: *Et ideo rationes eorum, quæ constituuntur, inquiri non oportet*: *alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur.*

13 Pero dejando algun lugar al discurso sin dejar por eso de venerar la novedad de la citada *ley* 15., se percibirá que si en ella hay algun género de utilidad pública, es de muy poco momento, y aparecerá todavía mucho menor si se compara con los daños que en lo general puede traer: porque las razones de autoridad, respeto y equidad en que intenta fundarla Maldonado en el lugar citado, son comunes á las sentencias que dan los tribunales superiores, aunque no sean conformes, y lo son mucho mas en los casos de la segunda suplicacion, de que habla únicamente la ley; pues introduciéndose derechamente al rey, debia ser mayor el respeto de este recurso para no hacer novedad, ni en el tiempo en que puede introducirse, ni despues de admitido.

14 La única razon de utilidad que yo puedo descubrir en que se ejecute la segunda sentencia, siendo conforme á la primera sin embargo de la segunda suplicacion [43], consiste en que entre mas prontamente en la posesion y goce de los bienes, de que se trata en el pleito, el que tiene á su favor las dos sentencias, y que no se le dilate este beneficio, tolerando que continúe disfrutando dichos bienes el que ningun derecho tiene á ellos segun la grave presuncion de las dos sentencias conformes.

15 Dije que esta dilacion era momentánea, porque los tiempos señalados para introducir y acabar la segunda suplicacion son breves, y estrechan por todos medios su puntual observancia; pues la súplica debe hacerse dentro de veinte dias contados desde la notificacion de la sentencia, conforme á lo que dispone la citada *ley* 1. *título* 20. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.), y dentro de cuarenta que corren desde el dia que suplicó, debe presentarse ante S. M., segun la *ley* 4. *del prop. tit.* 20. (Ley 2. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) Los autos vienen al Consejo originales, y se excusa el tiempo y gastos de la compulsa, y se determina la causa por el mismo proceso sin recibir escrito ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones, probanzas, escrituras, dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion ni en otra manera alguna. La vista y determinacion de estas causas es preferida á otros procesos de cualquier calidad que sean. Todo esto se previene á beneficio de la brevedad de estos pleitos en la *ley* 2. *del prop. tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 7. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.)

16 Si por la entidad y gravedad de tales pleitos se informa en derecho, estan tomados todos los medios para ocurrir á la dilacion, concediendo únicamente dos meses de término, y reduciendo las informaciones á diez pliegos con lo demas que en esta razon disponen la *ley* 34. *tit.* 4. *lib.* 2., el *aut.* 18. *del prop. tit. y lib.*, los 1. 7. *y* 11. *título* 16. *lib.* 2. (Ley 3. notas 2. y 3. tit. 8. lib. 4. Leyes 1. 21. y 25. tit. 22. lib. 5. de la Nov. Recop.); y aun se añade en dicho auto 11., que es en el que se da licencia para escribir en derecho, que lo hagan con arreglo á las disposiciones citadas, y que los diez pliegos de escrito sean de letra parangona, dirigiéndose todas las referidas providencias á la brevedad de estos importantes negocios.

17 Examinando ahora los daños que recibirán las mismas partes, y resultarán al público de anticipar la ejecucion de las dos sentencias conformes, y de no esperar á que se determine la segunda suplicacion, se percibirá el exceso de los perjuicios so-

bre las utilidades y ventajas: el primero consiste en la dificultad de hallar fianzas suficientes, que es el preliminar de la ejecucion; y si alguna vez se encuentran proporcionadas al grande interes de estos pleitos, suele ser á mucha costa de la parte; pues las mas veces la ponen en necesidad de compensar al fiador el peligro á que se expone.

18 Aunque estas fianzas han de ser á contento de los jueces, este debe ser en ellos un arbitrio justificado y prudente; y antes de interponerle por su declaracion debe ser oida la parte vencida, de cuyo interes se trata; y aunque este expediente es instructivo y breve, y no admite súplica ni recurso de lo que determinan los jueces, ocupa tiempo, y causa gastos, que es otro daño de las partes y del público.

19 La ejecucion comprende el reintegro de los bienes que se litigan; y es preciso formar inventario para justificar cuáles son y el estado que tienen á fin de hacer constar al tiempo de la restitucion, si se revocasen las sentencias, su existencia, las mejoras, ó desperfectos que se hayan causado en aquel tiempo. Tambien comprende la misma ejecucion los frutos vencidos desde la contestacion de la demanda; y este es otro artículo de mas dificil prueba, que admite grandes dilaciones y los recursos competentes, y es otra parte de los perjuicios indicados.

20 Si por la sentencia que se diere en el grado de segunda suplicacion se revocasen las anteriores, se hallará la parte que pretendió ejecutar las dos sentencias conformes, complicada con nuevas dificultades para restituir lo que hubiese percibido, y los frutos que en su tiempo se hubiesen causado; y esta contingencia, aun sin esperar el efecto, debia contener el deseo de la ejecucion de las dos sentencias conformes.

21 Las mas veces no halla la parte fianzas suficientes, y pretende que se la admita por suplemento la caucion juratoria, que algunos autores estiman por suficiente: otros la resisten, y quieren que se cumpla en forma específica la dacion de fianzas; y tambien hay otros que toman el medio de poner en fiel depósito y administracion los bienes de la disputa. Estas tres opiniones se refieren mas largamente en la parte primera cap. ultim. num. 149. del *Labyrint. creditor.* de Salgado; y cualquiera de ellas que se admita, sufrirá una larga discusion y un pleito costoso. Por todo lo expuesto debe proceder con detenida reflexion la parte que solicite la ejecucion de las dos sentencias conformes, y estar muy atentos los jueces á que si se lleva á efecto, sea por los medios mas equitativos que aseguren el interes de uno y otro litigante.

22 Yo esperaria antes de pedir la ejecucion de las dos sentencias conformes á que pasara el término de los veinte dias señalados para interponer la segunda suplicacion; pues si no usase de este recurso, quedará expedita la ejecucion sin el gravámen de dar fianza, y sin las demas contingencias que se han referido; y aun cuando interpusiese en dicho término la segunda suplicacion, convendria esperar el de los cuarenta dias concedidos para presentarse ante S. M.; pues no haciéndolo dentro de ellos queda extinguido este recurso, y la parte en libertad para recobrar los bienes y frutos contenidos en las dos sentencias conformes.

23 El término para introducir la segunda suplicacion fué siempre uno mismo; esto es, el de veinte dias, y tuvo un mismo principio, cual fué la notificacion de la sentencia; pero se redujo á controversia si bastaria para que empezase á correr dicho término que se notificase al procurador, ó si seria necesario hacerla saber á la parte principal en todo su tenor específico. Prevaleció en este artículo la opinion de que no corria el término de los veinte dias si no se notificaba la sentencia á la parte principal; y como para este fin se habian de emplear mas tiempo y gastos, solicitando la otra parte las diligencias competentes, tenia entonces esta mayor causa para pedir desde luego la ejecucion de las dos sentencias, sin esperar la resolucion de la parte contraria en el punto de interponer la segunda suplicacion.

24 Pero estando ya decidida esta cuestion, y reducida á que con la notificacion del procurador empiece á correr el término de los veinte dias, como se expresa en la *ley* 16. *del prop. tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 3. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.), publicada en 18 de Agosto de 1774, cesan la dilacion y el perjuicio, y puede la parte suspender la ejecucion de las dos sentencias por el referido término de los veinte dias, y lograr el mayor interes y comodidad que se ha indicado, si dentro de ellos no se propusiese la segunda suplicacion; y aun puede tambien esperar los cuarenta dias por si no se verificase su presentacion ante S. M.

25 La *ley* 8. *del referido tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 5. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) dispone y manda que dadas dos sentencias conformes sobre la posesion, no haya lugar á la suplicacion con la fianza de las mil y quinientas doblas, ni otro recurso ni remedio alguno, y que se ejecuten, dando primeramente aquel, en cuyo favor se dieron las sentencias, caucion de fianzas suficientes á contentamiento de los jueces que dieron la segunda sentencia, de que si fuere condenada la parte, en cuyo favor se ejecuta, en la causa de la propiedad, restituirá las cosas de que así fuere hecha ejecucion, y le fueren entregadas.

26 La ejecucion de que habla esta ley, como efecto de las dos sentencias conformes, es tambien de las que estan expuestas á ser revocadas en el caso que expresa, y aun parece mas gravosa la fianza que debe preceder, y con mayores perjuicios que los indicados en el caso anterior: porque primeramente se supone que los pleitos, de que trata la citada *ley* 8. (Ley 5. citada), son de grande entidad y valor, segun se explica la *ley* 1. *del prop. tit. y lib.* (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.), para que pueda haber lugar á la segunda suplicacion.

27 Este pensamiento de ser reducida la disposicion de la citada *ley* 8. á las causas que permitian la segunda suplicacion, está descubierto por el órden y correlacion de la misma ley con la anterior próxima, que trata de las causas en que puede haber segunda suplicacion; sobre cuyo particular determina y declara que la cantidad ó cosa que se litiga ha de ser de tanto valor y estimacion como las mil y quinientas doblas de cabeza de que habla la ley de Segovia, que es la primera citada, en donde se disponia con generalidad que los tales pleitos, en que podia suplicarse segunda vez, debian ser muy grandes ó de cosa árdua; y para quitar las dudas que necesariamente se excitarian sobre si el pleito era grande ó de cosa árdua, fué oportuna y necesaria la declaracion que se hizo en la citada *ley* 7.

28 Demuéstrase su mayor comprobacion en la letra de la misma *ley* 8.; pues dispone hácia el fin que si las dos sentencias no fuesen conformes, «aya »lugar la dicha ley de Segovia, si el »valor de la propiedad de la cosa fuere »de tres mil doblas de cabeza, ó den»de arriba.»

29 El señalamiento de esta cantidad fué nuevo y limitado á las causas posesorias; pues aunque tenia lugar en estas y en las de propiedad un mismo valor que llegase á las mil y quinientas doblas, se aumentó justamente cuando se trataba solamente de la posesion; y con el mismo discernimiento procedió la *ley* 9. *siguiente*, señalando para que tenga lugar la segunda suplicacion el valor de tres mil doblas en las causas de propiedad, y de seis mil en las de posesion.

30 El segundo supuesto consiste en que unas y otras causas, ya sean de propiedad ó de posesion, deben empezar en el Consejo, chancillerías ó audiencias, y las dos sentencias conformes que dieren estos tribunales producirán su ejecucion, y quedará cortado todo recurso con reserva únicamente para el juicio de propiedad.

31 De estos antecedentes resulta una consecuencia evidente, reducida á que si empezaren en los referidos tribunales superiores los pleitos sobre posesion de bienes, cuyo valor en propiedad no llegue á las seis mil doblas de cabeza, las dos sentencias conformes se ejecutarán libremente sin necesidad de que la parte, á cuyo favor

se hayan dado, dé fianzas, ni otorgue otra alguna responsabilidad para el caso que sea vencida en el juicio de propiedad [44].

32 La razon fundamental de la consecuencia indicada consiste en que las dos sentencias conformes sobre la posesion, supuesto que no puede haber segunda suplicacion por no llegar el valor de la propiedad á las seis mil doblas, causan ejecutoria de cosa juzgada inalterable en aquel juicio, y su ejecucion debe ser expedita y sin el gravámen de las fianzas.

33 La ejecucion que se concede de las dos sentencias conformes en los juicios posesorios, en que podia tener lugar la segunda suplicacion, lleva por objeto principal el beneficio de la parte, á cuyo favor fueron dadas en virtud de las fianzas para sufrir los gastos y las contingencias de la instancia de segunda suplicacion; y en esta inteligencia, que es la natural que se presenta en la ley, conviene observar y cotejar si el interes que resulta de la ejecucion de las dos sentencias á la parte, á cuyo favor fueron dadas, es comparable con el gravámen que se la impone de dar fianzas suficientes, de restituir las cosas de que así fuere hecha ejecucion, y le fueren entregadas, si fuere condenada en la causa de la propiedad. Es cierto que á poca reflexion se presenta un exceso muy considerable en el perjuicio, que con la dacion de fianzas sentirá la parte que fué tan favorecida en las dos sentencias conformes; pues en las que se dieren en los juicios de propiedad, de cuya ejecucion se trató en el caso primero indicado, serian suficientes llegando á la cantidad de tres mil doblas, que es el valor que hace lugar á la segunda suplicacion; y en estos juicios posesorios es preciso que el valor de las fianzas llegue al capital de las seis mil doblas, verificándose en este punto el exceso del perjuicio por la mayor dificultad de hallar fianzas que lleguen á esta cantidad.

34 El tiempo que podrian subsistir gravados los bienes con las referidas fianzas en los pleitos de propiedad, es limitado al de la segunda suplicacion, y así estaba mas cerca de poner en libertad los bienes de las fianzas, que es un grande interes de las partes; pero las que se dan en los juicios sobre posesion son relativas al caso en que la parte fuere vencida y condenada en la causa de la propiedad, y este es un tiempo ilimitado y de tan larga duracion que podria hacer perpétuo el gravámen de las fianzas, impidiendo el uso libre de los bienes afectos á ellas, lo cual retraeria á sus dueños de sujetarlos á una responsabilidad tan grave y de tan larga duracion.

35 Porque la parte que fué vencida en el juicio posesorio puede tomarse el tiempo que quiera para introducir el de propiedad respecto de no estar señalado por la ley, como lo está en la segunda suplicacion; y cuando usare prontamente de la accion en propiedad, será de mucha mayor duracion este juicio hasta acabarlo, no solo con las dos sentencias conformes, sino tambien con la segunda suplicacion.

36 La posesion, que se declara y autoriza con las dos sentencias conformes, no solo pone á la parte en estado de percibir los frutos, por ser esta facultad un efecto preciso de la posesion, sino que tambien hace que se considere al que la tiene como dueño y señor de los bienes. Estas son dos proposiciones capitales, sobre que proceden con uniformidad las leyes y los cánones, señaladamente la 27. *y* 28. *título* 2. *Part.* 3., el *cap.* 19. *de Jur. Patronat.* y los autores que tratan de esta materia, citados por Salgado *en su Labyrint. part.* 2. *cap.* 22. *num.* 74. En este concepto de ser el que obtuvo las dos sentencias no solo poseedor, sino tambien señor de los bienes, parecia que no debian interrumpirse sus facultades por un tiempo y contingencia tan incierta, de que pudiese ser condenado en el juicio de propiedad.

37 Cuando se intenta este juicio de propiedad contra el que está en posesion, no se altera su estado, ni se le interrumpe la percepcion libre de sus frutos mientras durare el juicio. El que tiene la posesion por autoridad judicial, como sucede en las dos sentencias conformes de los tribunales supe-

riores, funda un derecho mas poderoso en los bienes, que el que da la mera posesion en que se halla la parte, cuando se la demanda sobre la propiedad; y por esta mayor razon debia ser de mejor derecho, y no sujetarse á la gravosa obligacion de dar fianzas de responder de las resultas de un pleito que aun no se ha introducido.

38 Los pleitos que se promueven sobre la tenuta de los bienes de mayorazgo por el remedio de la ley de Toro, que es la 8. *tit.* 7. *lib.* 5. (Ley 1. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Recop.), reducian su efecto en las dos sentencias de vista y revista á la pura tenencia de dichos bienes; y como no tocaban en la posesion, se ejecutaba la segunda sentencia, aunque fuese revocatoria de la primera, sin permitir otro remedio, ni recurso alguno en aquel juicio, supuesto que las partes podian usar en las chancillerías del que las correspondiese en cuanto á la posesion y propiedad, pues para uno y otro efecto se remitian los pleitos á ellas. Esto es lo que dispone la *ley* 9. *título* 7. *libro* 5. (Ley 2. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Rec.), y por este respecto no venian entonces los referidos pleitos sobre tenencia de bienes de mayorazgo comprendidos en la disposicion de la *ley* 8. *tit.* 20. *libro* 4. (Ley 5. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) ni en cuanto á que fuesen conformes las dos sentencias para ser ejecutadas, ni para que de la de revista hubiese segunda suplicacion; y esto procedia por no ser grave el perjuicio que causaban, y quedar reservados otros remedios ordinarios para la posesion y propiedad.

39 Pero habiéndose declarado en la *ley* 10. *tit.* 7. *lib.* 5. (Ley 3. tit. 24. libro 11. de la Nov. Recop.) que, determinados en el Consejo los pleitos sobre tenuta de los bienes de mayorazgo, las sentencias de vista y revista se entendiesen no solo sobre la tenencia, sino tambien sobre la posesion, remitiéndose únicamente á las audiencias en cuanto á la propiedad, parecia que debian estar en el caso de los juicios posesorios de que trata la citada *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 5. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.), y admitirse la segunda suplicacion sin ejecutarse la sentencia de revista que no fuese conforme con la de vista por concurrir las mismas circunstancias, y ser las mas veces estos pleitos de mayor gravedad; pero lo cierto es que la enunciada *ley* 10. no declara si debe ó puede haber segunda suplicacion en los juicios de tenuta ó posesion de los mayorazgos, y parece por su contesto que la excluye, pues dice: «Que sobre lo así »sentenciado no aya, ni pueda aver »otro pleyto, y juicio de posesion.»

40 Como esta última cláusula indefinida y general podia motivar la duda de si en ella se comprendia la segunda suplicacion por no estar específica, fué muy oportuna la *ley* 14. *título* 20. *lib.* 4. (Ley 16. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.), por la cual se ordena y manda que de las sentencias que dieren los del Consejo en los pleitos y negocios «sobre la posesion de »los bienes de mayorazgo, no aya, ni »pueda aver lugar la segunda suplica»cion de las mil y quinientas doblas, »que la ley de Segovia dispone, aun»que las sentencias de vista y revista, »que dieren, no sean conformes, sin »embargo de la ley de Madrid, que es »la octava de este título, y quedando »aquella en su fuerza y vigor en los »otros pleitos y negocios, que no fue»ren sobre la tenencia y posesion de »bienes de mayorazgo.»

41 La *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. (Ley 6. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Rec.) reduce á una sola sentencia las dos, que hasta entonces se daban sobre la tenuta ó posesion de los mayorazgos, y excluye tambien la suplicacion y otro remedio ó recurso, ratificando que la remision de los autos á las audiencias sea únicamente sobre la propiedad.

42 Por el órden de las disposiciones referidas acerca de la posesion de los bienes de mayorazgo se demuestra que una sola sentencia es ejecutiva libremente y sin el gravámen de fianzas; y parecia que con mayor razon debia hacerse así en los otros negocios, especialmente cuando las dos sentencias de vista y revista son conformes; pero dejando correr la distincion con

que proceden las enunciadas leyes, y permitiendo su observancia en los juicios posesorios se advierten dos notables diferencias: una que cuando la sentencia de revista es contraria á la primera, no se ejecuta, y se admite la segunda suplicacion, sucediendo lo contrario en la posesion de los mayorazgos; y otra que en los juicios posesorios comunes no pueden ejecutarse ni aun las dos sentencias conformes si no se da antes la fianza que previene la citada *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 5. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.); ejecutándose una sola respectiva á la posesion de los mayorazgos sin fianza alguna y sin responsabilidad de restituir los frutos vencidos hasta entonces, y aun de los que reciba posteriormente hasta el tiempo en que conteste la demanda de propiedad que le fuere puesta.

43 La ejecucion de las dos enunciadas sentencias, y la prohibicion de que tengan segunda suplicacion, hacen un beneficio á la parte, á cuyo favor son dadas; y como lo puede renunciar, y no usar de la ejecucion, ya sea por no hallar fianza suficiente, ó ya por no estimar conveniente recibir este gravámen, tocaríamos entonces en un caso que no determina la citada ley, y se excitaria la duda sobre la resolucion y medios que debian tomarse; pues quedando sin ejecutarse las dos enunciadas sentencias conformes, continuará en la posesion de los bienes el mismo que antes estaba en ella, y las dos sentencias serán inútiles y sin fruto para el que las hubiese obtenido á su favor: porque ni puede introducir por sí la segunda suplicacion por faltarle el gravámen, que no le irrogan las sentencias, ni hay términos para que pueda demandar la propiedad á uno que por las mismas dos sentencias está declarado no ser poseedor, viniendo por consecuencia á quedar sin recurso el que las hubiese ganado en el juicio de posesion.

44 Si se secuestran los bienes, es preciso señalar tiempo para que la parte contra quien se dieron las dos sentencias conformes, use de su derecho en el juicio de propiedad dirigiéndolo contra el que obtuvo las dos sentencias como poseedor legal; y si pusiese y formalizase esta demanda, se ve el largo tiempo y gastos que se causarian hasta acabarla por todos sus trámites y sentencias, y se defraudaria al poseedor de la percepcion de frutos y de otras muchas ventajas que trae la posesion natural.

45 Si pendiente el secuestro se determina y señala tiempo al que perdió las dos sentencias, para que pueda usar de la segunda suplicacion con la fianza de las tres mil doblas, quedará mas prontamente expedito el uso de los bienes al que logró las dos sentencias conformes, si se confirmaren por la que se diere en la segunda suplicacion, y si en ésta se revocaren aquellas, los recobrará el antiguo poseedor sin los embarazos de las gravosas fianzas que prescribe la ley.

46 Por esta consideracion parecia este último medio el mas oportuno en el caso propuesto de no ejecutarse libremente y sin fianzas las dos sentencias conformes en los juicios posesorios; pues así como renunció el que las obtuvo á su favor el beneficio de la ejecucion, venia desde entonces á quedar el pleito en el estado y circunstancias de las leyes anteriores y de sus disposiciones comunes, que permiten suplicar segunda vez, cuando el valor de la propiedad llega á seis mil doblas y de allí arriba.

47 Tambien hay otras sentencias, que merecen ejecucion desde el punto que son dadas en primera instancia sin esperar su confirmacion, dando el acreedor fianzas suficientes de restituir lo que percibiese si se revocase la obtenida á su favor. En esta clase está la sentencia de remate que es dada en los juicios ejecutivos; pues sin embargo de que se interponga de ella apelacion, cuyo efecto es limitado al devolutivo, se ejecuta inmediatamente y se procede á la venta de los bienes del deudor hasta hacer entero pago al acreedor del principal y de las costas causadas.

48 La *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) dió la primera idea á es-

tas ejecuciones, que proceden de obligaciones, contratos, compromisos, sentencias, ú otras cualesquiera escrituras que tengan aparejada ejecucion: su disposicion contiene dos partes, y es de observar en la primera cuales sean aquellas obligaciones, contratos ó escrituras que tengan aparejada ejecucion; y en la segunda tambien parece que está diminuta, pues suponiendo que no haya probado el deudor las excepciones que hubiese propuesto de las señaladas en la misma ley, manda al fin de ella que el juez proceda á la ejecucion del tal contrato ó sentencia, y la lleve á debido efecto sin prevenir, ni imponer al acreedor la obligacion de dar fianzas.

49 Otra especialidad se advierte en la citada *ley* 1. (Ley 3. citada), y es la de haberse establecido en favor de los mercaderes y otras personas de la ciudad de Sevilla; pero como la razon y espíritu de la ley era comun á los demas pueblos del reino, debia tener el mismo efecto en todos ellos, como se observa por regla general en los rescriptos y constituciones de los príncipes; y señaladamente han seguido todos los autores esta regla en la exposicion de las *leyes* 13. *y* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop.* (Leyes 2. y 3. tit. 25. lib. 7. de la Nov. Recop.); pues aunque la primera habla de los cortijos y heredamientos de Granada, y la segunda de los acotamientos que hacian los de Ávila en virtud de su particular ordenanza, siempre se ha entendido ser sus disposiciones generales á todo el reino.

50 Con efecto siguiendo estos mismos principios, mandaron los señores reyes católicos en la *ley* 2. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) que la anterior se guardase generalmente en todos sus reinos, viniendo á ser propiamente una declaracion de lo que se contenia en la citada *ley* 1.; y en el progreso de la 2. repitieron con mas estrecho encargo á las justicias que cuando los acreedores presentasen cartas, contratos públicos y recaudos ciertos de obligaciones, las cumplan y lleven á debida ejecucion en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas.

51 Esta disposicion procede sobre dos supuestos ó condiciones: una que sean pasados los plazos de las pagas; y otra que las excepciones que hubiese propuesto el deudor no sean legítimas, ó no las haya probado dentro de diez dias. A falta de una y otra condicion procede la ejecucion y el pago efectivo al acreedor, á quien tampoco impuso la ley obligacion de dar fianzas, pues no hace memoria de ellas para este caso.

52 El último caso que propone la ley prueba manifiestamente el concepto que se ha formado en los casos anteriores; pues reduciéndose á que el deudor señalase testigos fuera del arzobispado ú obispado para probar sus excepciones sin poder presentarlos dentro de los diez dias, dispone que pague luego al mercader ó acreedor, dando el tal mercader ó acreedor fianzas de que si el deudor probase la paga ú otra excepcion que le pueda excusar, que le tornará lo que así pagare con el doblo por pena en nombre de interese.

53 Esta es la vez primera que se oye en las leyes el nombre de fianza en el acreedor, que recibe la cantidad que se le debe por efecto de la ejecucion; y no seria extraño que dicha fianza se entendiese limitada al último caso que la ley propone de que los testigos señalados por el deudor estuviesen fuera del arzobispado ú obispado, pues su literal disposicion da fundado motivo á esta inteligencia; pero atendidas las disposiciones positivas de otras leyes, y las referencias que hacen á la citada *ley* 2., se manifiesta que las fianzas, que deben dar los acreedores, comprenden todos los casos en que por sentencia de remate en los juicios ejecutivos reciban la cantidad de sus créditos, reduciéndose la obligacion de estas fianzas á que restituirán al deudor lo que hubieren recibido si se revocase la sentencia de remate.

54 Esta inteligencia se demuestra por el orden y contesto de la *ley* 19. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4. (Ley 12. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.), cuyo principal objeto fué reunir las formalida-

des esenciales y términos que debian guardarse en los juicios ejecutivos. En el principio dice la ley que por no estar declarada por leyes de estos reinos la forma, que se ha de tener en las ejecuciones de los contratos públicos y de otras escrituras que traen aparejada ejecucion, habia diferentes estilos; y para ocurrir á esta variedad, y reducirlos á una práctica uniforme y constante, dispone y señala el órden que debe guardarse desde el principio de la ejecucion; y llegando al término de hacer remate y pago á la parte, previene lo siguiente: «Dando las fian»zas la parte, que pide ejecucion, que »la ley de Toledo, y las otras leyes de »estos reynos disponen.»

56 Aunque el caso de esta ley parece reducido al supuesto de que el deudor no se opusiere á la ejecucion dentro de los tres dias señalados: *ibi*: «Y no haciendo la oposicion dentro de »los dichos tres dias, mande el Juez »hacer remate, y pago á la parte, dan»do las fianzas, &c.» concurre sin embargo la misma razon, cuando habiéndose opuesto no propusiere, ni justificare excepciones legítimas dentro de los diez dias; y así como procede entonces la sentencia de remate y pago, debe preceder á éste la seguridad de las fianzas con el propio efecto y fin de restituir lo que percibiere, si por el superior se revocare la citada sentencia de remate.

57 La *ley* 4. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4. (Ley 4. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Rec.) trata de las sentencias que dan los jueces árbitros *juris*, y los arbitradores y amigables componedores, y manda que se ejecuten haciendo el acreedor obligacion, y dando fianzas llanas y abonadas de restituir lo que hubiere recibido por virtud de la tal sentencia con los frutos y rentas, segun que fuere condenado si la tal sentencia fuere revocada.

58 En la *ley* 24. *del prop. tit. y lib.* (Ley 5. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Recop.) se manda: «Que en lo que se »conformaren los contadores nombra»dos por las partes, siendo confirma»do por sentencia del Juez que de la »causa conociere, la tal sentencia se »ejecute sin embargo de apelacion», bajo la misma obligacion y fianzas prevenidas en la citada *ley* 4., y con el mismo fin y efecto.

59 Reunidas todas las enunciadas leyes se percibe con evidencia que las fianzas que prescriben no tienen diferencia alguna en su fin y objeto, y por esta razon usó oportunamente la citada *ley* 19. (Ley 12. citada) de la referencia general á la ley de Toledo y á las otras leyes de estos reinos.

60 Las sentencias, en que se mandan dar alimentos á los que litigan, son ejecutivas desde el punto en que se pronuncian, reduciéndose la apelacion á solo el efecto devolutivo; y esto procede no solo en las que despues de un sério y maduro exámen del juicio salen con el nombre de difinitivas, sino tambien en aquellas que se proveen como interlocutorias, fundadas en las pruebas y presunciones de la calidad del que litiga, y de su buen derecho, bastando una sumaria instruccion que incline el ánimo del juez á concebir recomendables las circunstancias en que se funde la obligacion de dar alimentos al litigante, sin que haya diferencia entre los que piden alimentos como hijos y descendientes, y por oficio del juez, y los extraños que los solicitan por via de accion; pues en unos y otros tiene lugar la ejecucion de la sentencia sin que la suspenda la apelacion, como lo expuse y fundé largamente en el capítulo segundo de esta segunda parte.

61 Aquí viene á tratarse ahora del que obtiene la misma sentencia alimentaria y la ejecucion de ella; esto es, si revoca dicha sentencia, el que recibió y consumió los alimentos debe restituir su importe, dando á este fin fianzas prévias; y no hallándose esta duda declarada expresamente por las leyes, se ha reducido á variedad de opiniones. El señor Covarrubias en el *cap.* 6. *de sus Prácticas* explica hasta el núm. 6. los casos y calidades en que puede tener lugar la obligacion del reo á dar alimentos al que los pide, y en el número 7. trata de su restitucion, y se explica en los términos siguientes: *Quartum his ipse addere minime dubitabo,*

*id etenim receptissimum, nempe dandam esse cautionem idoneam de restituendis his alimentis, et expensis, si actor ipse in causa succubuerit, aut accepto ferendis, ubi is victoriam obtinuerit.*

62 La misma opinion sigue Molina *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 42. *y* 43. con otros autores que refiere, y entre ellos Molin. *de Justit. et jur. disp.* 616. *númer.* 15. *vers. Utrum autem is;* pero los mismos hacen una distincion muy esencial entre los alimentos que se dan á los que piden y solicitan en el concepto de hijos ó descendientes, y los que se entregan por otros justos respetos, aunque sean á extraños, si se estiman por el juez acreedores á su percepcion. Los primeros alimentistas dicen estos autores que no son responsables á pagar el importe de los alimentos que han recibido, aunque pierdan la causa, y sean vencidos en la sentencia difinitiva del juicio, pero que no sucede así en los extraños; y por esta diferencia opinan que estos deben dar fianzas suficientes antes de recibir los alimentos, exonerando de esta obligacion á los que con el título de hijos y descendientes los gozan en virtud de la primera sentencia difinitiva ó interlocutoria.

63 Por la opinion contraria estan Masuero y Boerio en los lugares que refiere el mismo señor Covarrubias, asegurando que los que reciben alimentos, aunque sean vencidos en la difinitiva del juicio, no estan en obligacion de restituirlos, y por esta causa consideran ociosa la fianza ó caucion indicada. Á la misma opinion se inclinan Velasc. *q.* 39. *num.* 62.: Nenoch. *de Præsumptionib. lib.* 1. *q.* 35. *num.* 37., con otros que refiere Faria en sus adiciones á la citada *q.* 6. del señor Covarrubias sobre el *n.* 7.

64 Si se consideran de intento las razones y autoridades en que fundan sus respectivas opiniones, se conocerá el libre arbitrio que se han tomado para establecerlas, causando grandes daños á la causa pública, así por los muchos pleitos que excitan las partes, auxiliadas de las doctrinas que las favorecen, como por la variedad de las sentencias; y muchas veces llega una opinion á tomar el nombre de comun por el mayor número de los autores que la han seguido sin aquel discernimiento y detenido exámen que conviene.

65 La *ley* 7. *tit.* 19. *Part.* 4. decide tres puntos capitales en esta materia: el primero que solicitando alguno con el título de hijo ó descendiente que su padre le crie y alimente, aunque el padre niegue la cualidad de hijo en que el actor se funda, si lo probase este plenamente en el progreso del juicio, llegando á declararse por sentencia difinitiva, procede en este caso sin disputa la prestacion de alimentos y su ejecucion, sin embargo de que el padre apele de dicha sentencia.

66 El segundo caso es que sin esperar á las pruebas ordinarias del juicio ni á su final determinacion, se debe mandar que el padre asista con los alimentos y litis expensas al que pretende ser su hijo, con tal que este pruebe sumariamente hallarse, cuando mueve el pleito, en esta cuasi posesion, ó que por otras presunciones y señales justifique la cualidad en que se funda; pues entonces procede que por sentencia interlocutoria se mande inmediatamente al padre que le asista con los alimentos, entendiéndose esta providencia con reserva de que las partes pueden probar en el juicio plenario si es ó no tal hijo.

67 El tercer caso consiste en que esta ley no impone al hijo, que ha de percibir los alimentos, obligacion de dar fianzas, ni caucion de restituirlos aun en el caso de ser declarado por sentencia difinitiva no ser hijo de aquel, de quien ha recibido los alimentos; y de esta omision, que no puede atribuirse á olvido de la ley, infieren en los lugares citados el señor Covarrubias, Molina y otros, una singularidad en los hijos y descendientes para no ser responsables á los alimentos que han recibido, aunque sean vencidos en la difinitiva, exonerándolos necesariamente de la fianza y caucion por faltar el fin á que debian dirigirse.

68 Este pensamiento está bien fundado en la omision de la citada ley, pues las que exigen en otros casos res-

titucion de lo que se percibe por la ejecucion de las sentencias, previenen expresamente las fianzas que deben darse, y sin esta disposicion no podria imponerse este gravámen.

69 La *ley* 27. §. 3. *ff. de Inoffic. testam.* confirma la proposicion antecedente, pues obligando, en el caso que propone, al heredero escrito á que dé alimentos al que en concepto de hijo ó nieto argüia de inoficioso el testamento, y habia obtenido á su favor una sentencia, no le impone la obligacion de dar fianza, que es el mismo argumento para no considerarle responsable á la restitucion de los percibidos, aunque sea vencido en la difinitiva del juicio; y la *ley* 1. §. 7. *ff. Si mulier vent. nomin.* confirma mas expresamente la misma proposicion; pues suponiendo que habiéndose dado alimentos á la madre en el concepto de estar embarazada del que tendria derecho á todos los bienes, salió incierta su opinion, y se trataba luego de la obligacion que tendria la misma alimentada á volver lo que con este título habia recibido, se decide no ser responsable á su restitucion, á menos que se probase haberlos recibido por calumnia y dolo.

70 Por todas las referidas disposiciones que tratan de los hijos y descendientes, que con este pretexto recibieron alimentos, y fueron despues convencidos en juicio, se forma la conclusion mas segura de no estar obligados á su restitucion, y en esto van conformes todos los autores. Toda la diferencia consiste en si la libertad de restituir los alimentos es limitada, y debe restringirse por particulares circunstancias y motivos á los hijos y descendientes que los perciben con este pretexto, ó si es comun y general esta misma libertad á todos los demas, á quienes pendiente el pleito se los hayan dado por mandamiento del juez.

71 El señor Covarrubias en el citado *cap.* 6. *de sus Prácticas n.* 7., el señor Molina *de Primogen. lib.* 2. *capítulo* 16. *num.* 41., Molina *de Justit. disputat.* 616. *n.* 15. *vers. Utrum autem is*, y otros muchos, hacen singular y privilegiada de los hijos y descendientes, que por este título reciben alimentos, la indemnidad de no restituirlos, aunque en el juicio plenario sean convencidos de que no son tales hijos y descendientes, declarándose por la sentencia difinitiva haberles faltado la causa para exigirlos de los que pretendieren ser sus padres ó ascendientes.

72 En esto siguió el señor Covarrubias la opinion de la glosa sobre la *ley última Cod. de Carbon. edict.*; pero no expone la razon singular que pueda concurrir en los que como hijos y descendientes perciben alimentos en el caso propuesto de ser vencidos, que no asista igualmente á todos los demas que con cualquiera otro título los reciban pendiente el pleito; pues aunque se permita que con menor prueba ó mas ligera presuncion mandó el juez asistir con los alimentos á los que se presentan como hijos ó descendientes, y que pudieran tener en esta parte alguna consideracion privilegiada; pero sabida la verdad por la sentencia difinitiva de no ser tales hijos y descendientes del que por mandamiento del juez se los dió, se disipa aquella causa, retrotrayendo su falta al principio del pleito y su contestacion, como si en aquel momento hubiera contestado plenamente el defecto que en el progreso del juicio se descubrió y calificó con mejores pruebas, viniendo á ser mas dignos de correccion y pena los que falsamente se tomaron el nombre de hijos y descendientes para lograr prontamente sus alimentos, y adelantar la esperanza de mejorar sus derechos, si hubieran vencido en la instancia.

73 El señor Molina en el citado *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 42. *y* 43. repite la misma razon que se ha indicado, y añade otra, ibi: *Ab aliis vero extraneis, qui non ita habent præsumptionem pro se, repetentur; cum in eis contrarium jure cautum non inveniatur.* En esta última cláusula está la nueva causa que añade este sabio autor, reducida en substancia á decir que los hijos y descendientes no restituyen el importe de los alimentos recibidos con estos títulos, aunque se convenzan en el juicio de supuestos y falsos, por no estar prevenida esta restitucion en las leyes que hablan de los hijos y descendientes; y que los extraños no tienen á favor de

su libertad iguales disposiciones; de manera que no se atreve á decir que existe algun derecho que imponga á los extraños, que recibieron alimentos, obligacion de restituirlos, siendo vencidos en el juicio principal.

74 En el mismo *n.* 43. *vers. Sed quamvis*, hace el mismo autor una distincion de voces, cuyo efecto no se podrá percibir fácilmente; pues supone que el hijo que está en la cuasi posesion de esta calidad, y que por ella recibe alimentos, pendiente el pleito, no está obligado á restituirlos, aunque sea convencido despues, que es su propia opinion, siguiendo en esto la del señor Covarrubias. De este antecedente saca dos consecuencias: la primera que no se les debe obligar á dar fianzas para la precisa restitucion de los alimentos en el caso de ser vencidos en la causa, ibi: *Injustum videtur eum compellere ad præstandam satisdationem quod si in causa succubuerit, alimenta præcisè restituet*: la segunda se reduce á que debe dar caucion de restituir los alimentos, en cuanto por derecho esté obligado á hacerlo, ibi: *Ideoque juri, ac rationi magis consonum videtur, quod præstetur cautio, quod si in causa succubuerit agens, cui alimenta præstantur, ea restituet, quatenus de jure ad id ipsum adstrictum esse compertum fuerit.*

75 Cuando el señor Covarrubias trata en el citado *n.* 7. de la necesidad de que los que reciben alimentos, pendiente el pleito, den fianzas de restituirlos en el caso de ser vencidos, motiva su opinion en que por este medio se contendrán los pobres para no litigar incautamente y con temeridad al abrigo de la esperanza de recibir alimentos y litis expensas mientras se halle pendiente el pleito, estando seguros por otra parte de que por su pobreza no podrán restituirlos, aunque hayan litigado con calumnia, y sean por esta razon vencidos.

76 Este fundamento es comun á los extraños, hijos y descendientes, porque unos y otros podrán tomar con temeridad y de mala fe los títulos que se aparentan para obtener los alimentos y litis expensas; y aunque hayan logrado darles algun colorido suficiente á que el juez los mande socorrer con estos auxilios, si en el progreso del juicio se descubre y convence haberlo hecho con dolo y calumnia, serán unos y otros igualmente responsables á restituir lo que hayan percibido; pero como puede perderse un pleito por no probar cumplidamente su derecho, aunque la parte tuviese buena fe, este es el punto preciso de la cuestion; y en él no se descubre razon sólida en que pueda fundarse la diferencia indicada por los referidos autores.

77 Yo percibia otra causa al parecer mas poderosa, para que todos los que con cualquier motivo recibiesen alimentos, siendo vencidos en la causa, los restituyesen; y consiste en que los alimentos son unas impensas necesarias para conservar al hombre, y las mismas que necesariamente hubiera hecho por otro medio gravoso y de responsabilidad, si no las hubiera recibido del reo que trajo al juicio; y en este supuesto le competia una accion de *in rem vers.*, que es la mayor preferencia.

78 Estos alimentos provisionales se dan con ligeras pruebas por las indicadas causas de ser hijos, descendientes, ó extraños con buen derecho á los bienes que solicitan, concurriendo ademas la pobreza de los actores; y faltando estas causas entra de lleno la condicion, *ob causam datam, causa non sequuta*; viniendo tambien á tener lugar la condicion *indebiti per errorem soluti.* Porque á la verdad, ¿qué mayor error que mandar contribuir con alimentos al que se tenia por hijo y no lo era, y al que se estimaba con buen derecho á los bienes que pretendia, faltándole ciertamente estas circunstancias en el concepto de las leyes, aunque por algun tiempo se equivocase el juez para mandárselos dar?

79 Sin embargo de estas nuevas consideraciones, y de las que motivan los autores citados para estimar en los extraños la obligacion de restituir el importe de los alimentos, que recibieron pendiente el pleito, en el caso de ser vencidos en el juicio principal, procede la opinion contraria auxiliada de los autores que se han referido tambien,

cuyos fundamentos se examinarán con el mas exacto discernimiento, para demostrar, si es posible, el valor de una y otra.

80 Todos estos autores niegan la singularidad que se quiere atribuir á los hijos y descendientes, para libertarlos de la restitucion, limitando á ellos solos las leyes que no se la imponen. Este es el principal fundamento de la referida opinion, y como en la opuesta no se descubre motivo de especialidad en el punto de la restitucion de alimentos, las razones generales inclinan á comprender á unos y á otros en igual libertad de no restituirlos.

81 Yo añadiria para mayor claridad de esta segunda opinion que su principal fundamento consiste en la cuasi posesion en que estaban cuando se empezó el pleito, ó en la que fueron puestos por sentencia provisional del juez de percibir sus alimentos; y que por efecto de esta posesion justá y legítima, pues se autorizó por el juez de la causa, se consumaba y acababa en cada dia la obligacion alimentaria de parte del reo, y la accion del que los recibia; en cuyo supuesto, que parece notorio, entran las reglas que disponen y establecen que aunque posteriormente se descubriese y verificase la falta de aquella causa primitiva, no se invierte ni altera el justo título, ni se cae en la responsabilidad que no tenian en aquellos principios. Así lo declara el *capit.* 73. *de Regul. jur. in Sext. Factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari.* Lo mismo se dispone en la *ley* 85. *ff. de Regul. jur.* §. 1. *Non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt.*

82 En confirmacion de este pensamiento viene oportunamente la decision del *cap.* 19. *ext. de Jur. patron.*; por la cual se autoriza la presentacion del que estaba en posesion del patronato, aunque en realidad no lo fuese, y se declarase así en el juicio de propiedad: porque el fruto de la presentacion fué cogido y consumido con buena fe y justo título; y aunque este se deshiciese por la sentencia posterior de propiedad, no influye defecto alguno en el fruto consumido de la presentacion.

83 Al mismo intento conduce la *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 6. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Rec.) por la cual se ejecuta la sentencia de tenuta en los bienes de mayorazgo, y en los frutos que hasta entonces han producido sin obligacion de restituirlos, aunque el poseedor sea vencido en la propiedad.

84 Así la sentencia dada en las tenutas como la respectiva á favor del que está en posesion del patronato, se fundan en la causa de considerarse los poseedores por una presuncion legal legítimos sucesores en su propiedad; y aunque falte esta causa, y se descubra por las sentencias posteriores que en realidad y por derecho no existia, ni existió en tiempo alguno, no se revocan los efectos que se consumieron legítimamente en aquellos tiempos.

85 De estos antecedentes se deduce la mas cabal satisfaccion á las dos observaciones que se hicieron á favor de la opinion primera, porque es cierto que en el tiempo en que se dieron los alimentos existia legalmente la causa en que se motivaron, y eran tenidos por verdaderos acreedores, y así no pueden repetirse por la condicion *ob causam datam, causa non sequuta*, ni por la de *indebiti per errorem soluti.*

86 Últimamente por esta segunda opinion se evita un grave daño que padecerian los alimentarios sin embargo de su posesion y buena fe, si se observase la primera; pues habiendo recibido menudamente y en pequeñas partes sus alimentos, tendrian que restituir de una vez el todo de ellos, que ascenderia á grandes sumas, haciendo mas penosa y dificil su paga.

87 Este inconveniente se consideró en las imposiciones y redenciones de los censos, para no permitir que las cantidades recibidas de una vez se redimiesen en pequeñas partidas, estimando algunos que debia hacerse de todo el capital, ó á lo menos de porciones que pudieran imponerse útilmente por los acreedores; y así se observa en los tribunales, siguiendo la

doctrina de Rodrig. *de Ann. redditib. lib.* 1. *q.* 18. *n.* 31.

88 Reuniendo por conclusion de este capítulo las ejecuciones de las sentencias en las clases que se han referido, es consiguiente tratar por su órden de las personas, que pueden y deben ejecutarlas, y asimismo del método que han de observar en su conocimiento, con respecto á las instancias, excepciones y recursos que promuevan las partes. De uno y otro se tratará separadamente en los dos capítulos próximos.

## CAPÍTULO XII.

### *El juez de primera instancia debe ejecutar las sentencias que pasaren en autoridad de cosa juzgada.*

1 Varias son las causas y razones por las cuales reciben las sentencias la autoridad permanente de cosa juzgada: como si los litigantes consienten expresamente la que es dada por el juez de primera instancia: si lo hacen por un reconocimiento tácito de su justicia, no apelando en el término que señalan las leyes: si aunque la interpongan, y les sea admitida, no la mejoran en el que les concede el juez, ó señalan en su defecto las leyes; y últimamente si mejorada ante el superior, la desamparan por no presentar el proceso en tiempo competente, ó no la continúan, dando justa causa á que se estime y declare por desierta, sin entrar el superior en el conocimiento del negocio principal.

2 De todos estos medios traté con extension explicando sus fundamentos en los capítulos cuarto y quinto de esta parte segunda, concluyendo con la demostracion de que la sentencia dada por el juez de la primera instancia queda firme, y su ejecucion corresponde privativamente al mismo juez que la dió.

3 Cuando se continúa la apelacion por todos sus términos y grados, y determinan las causas con sus respectivas sentencias los jueces superiores, formando el número de tres conformes, que es la regla comun en que consiste la cosa juzgada, ó por solas dos sentencias en los casos particulares que explican y señalan las leyes, de que tambien se ha hecho mencion en diferentes partes de estas *Instituciones*, señaladamente en el capítulo cuarto de esta segunda parte; entra la duda y competencia sobre el juez que ha de ejecutar la cosa juzgada, si el de primera instancia, ó el último que causó la ejecutoria. Estos son los términos propios de esta cuestion, y no entran en ella los demas casos que se han referido al principio de este capítulo, convenciéndose por este órden sencillo que no estan considerados con propiedad en la clase de limitaciones ó excepciones de la regla indicada por el señor Salgado *de Regia protect. part.* 2. *cap.* 29. *n.* 31. y Scacia *de Appellat. q.* 11. *art.* 7. *n.* 166.

4 La conclusion, que se propone en el epígrafe de este capítulo, se probará por dos medios, uno de razon, y otro de autoridad. Para el primer medio se supone que todas las leyes y los cánones miran como causa primitiva en la ordenacion, decision y ejecucion de los pleitos el interes público de que se eviten ó acaben con la brevedad posible á menos costa y trabajo de las partes. Esta es una proposicion de notoria verdad, calificada con las leyes que tantas veces se han repetido en estas *Instituciones*, así en los principios como en el progreso, determinacion y ejecucion de las causas.

5 El que pide y demanda sus derechos, debe hacerlo necesariamente ante el juez del reo, prefiriendo en las causas civiles el de su domicilio: porque si confiesa en su contestacion la deuda y obligacion que pretende el actor, queda mas expedita la ejecucion y cumplimiento, pues el reo tiene mas á mano dentro de su casa los medios de satisfacerla, y logra al mismo tiempo el actor el fin de sus deseos, excusándose uno y otro de dilaciones y gastos: si niega la demanda, ó pone excepciones que la elidan, modifiquen, ó dilaten su curso, probará mas fácilmente su intencion; y si no lo hiciese en suficiente forma, será tambien mas pronta la ejecucion de la sentencia por el mismo juez ordinario de la causa.

6 Estas son las principales razones que consideraron los derechos para no sacar á los demandados del fuero de su domicilio, como se expresa y dispone en la *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3.: *ley* 21. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.*: *ley* 2. *Cod. de jurisdict. omn. judic.*: *cap.* 8. *ext. de Foro comp.*

7 El domicilio que se causa y radica en el lugar donde existen y se administran los bienes (ya pertenezcan al público ó á particulares), para dar en él la cuenta y razon, y que conozca de sus partidas, agravios y liquidaciones el juez ordinario de aquel lugar, es mas poderoso que el mismo fuero del domicilio, y excluye el que pudiera tener el administrador, ó el que demanda á este como persona miserable, para avocar á la curia real el conocimiento de estas causas; ni tampoco aprovecha á los labradores el general que gozan para no ser extraidos fuera de su domicilio.

8 La fuerza de esta disposicion consiste en que allí donde se administran los bienes se pueden justificar mas fácilmente los fraudes con que haya procedido el administrador, y la buena fe y exacta diligencia en el cumplimiento de su encargo, haciéndose mas expedito y seguro el conocimiento de semejantes causas, y de menos costo á las partes la ejecucion de la sentencia que se diere. Así se expresa en las *leyes* 1. *y* 2. *Cod. Ubi de ratiociniis*, concluyendo con la cláusula siguiente: *In quo, et instructio sufficiens, et nota testimonia, et verissima possunt documenta præstari.* Lo mismo se dispone en la *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3., en la *limitacion* 14.: *ley* 11. *tit.* 14. *libro* 9. *de la Recop.*, cuyas disposiciones siguen con uniformidad los autores, señaladamente Escob. *de Ratiocin. cap.* 7., Covarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 4. *vers.* 4.: Carleval *de Judiciis titulo* 1. *disput.* 2. *n.* 168. 651. *y* 1141.

9 Por la misma razon de ser mas fácil probar los delitos en el lugar donde se cometen, y mas conveniente á la justicia y al interes de la causa pública ejecutar allí la sentencia en que fueron condenados sus autores, hacen las leyes mas poderoso y preferente este fuero, de que trata largamente Carlev. *de Judiciis tit.* 1. *diput.* 2. *q.* 7.

10 Si en el principio de las causas, así civiles como criminales, se mueven las leyes á preferir para su conocimiento al juez, que mas fácilmente y con menos daño de las partes puede acabarlas, la misma razon general observan en todo su curso, no solo por el que tienen en las apelaciones, sino tambien en el término de su ejecucion, que es el punto que por estos medios se puede demostrar para radicar y hacer privativa de los jueces de primera instancia la ejecucion de las sentencias que dieren los superiores por via de apelacion ó por cualquiera otro recurso.

11 Las apelaciones, aunque son tan recomendables por lo que tocan á la natural defensa de los que litigan, deben ser llevadas precisamente ante los jueces superiores inmediatos sin invertir el órden, ni omitir los medios de su graduacion, como se dispone en la *ley* 18. *tit.* 23. *Part.* 3., y en el *capítulo* 66. *ext. de Appellationib.*, cuya observancia recomendó muy estrechamente el Consejo en su carta circular de 26 de Noviembre de 1767 al número 11.; y aunque en estas disposiciones tienen los jueces superiores algun interes por su jurisdiccion, y por el honor que les es debido, el principal consiste en el que logra la causa pública por la brevedad de los recursos con menos dispendio de las partes, que es lo que siempre se busca.

12 Por los mismos respectos de utilidad pública, brevedad y fácil expedicion de las causas, á menos costa de los que litigan, dispone la *ley* 5. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 5. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.) que los jueces eclesiásticos no citen á los legos para la cabeza del obispado habiendo otros jueces inferiores; y en el *auto acord.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3., se encarga al obispo de Tarazona ponga en los lugares que hay de su obispado en estos reinos, vicario que conozca entre los vecinos y naturales de ellos.

13 En las comisiones que se dieron para conocer de las causas fuera de la

curia por su santidad ó por el nuncio, se tuvo en todos tiempos gran cuidado de no alejar de sus dominios á los litigántes, para que pudiesen defender y justificar mas cómodamente sus derechos. La experiencia hizo conocer la malicia con que algunos litigantes obtenian letras de su santidad para jueces distantes del obispado en que se habia conocido de la causa, produciendo los graves daños que tuvo muy en consideracion el Concilio Lateranense IV. celebrado en tiempo de Inocencio III.; y para enmendarlos dispuso en el canon 37. que ninguno pudiera sacar á mas distancia de dos dietas de su respectiva diócesis á los litigantes á no convenirse las mismas partes, repitiéndose esta constitucion en el *cap.* 28. *ext. de Rescriptis.*

14 Bonifacio VIII. estrechando mas este propósito de que se conociese de las causas en los mismos obispados de los que litigan, ó á la menor distancia posible, dispuso por su constitucion del año 1302, recopilada en el *cap.* 11. *de Rescript. in Sext.*, que siendo el actor y el reo de una misma ciudad ú obispado, no se cometiese su causa á jueces fuera de él, á menos de concurrir algunos de los impedimentos que refiere la citada constitucion, y que en este caso no pudiera exceder la distancia de una jornada desde los fines del obispado: que siendo de diversos el actor y el reo, no acomodándose el primero á tomar juez dentro del obispado del reo, no pueda tampoco hacerlo dentro del suyo, cometiéndose entonces la causa al que residiere fuera de los obispados, con tal que la distancia del lugar del juicio no exceda de una dieta.

15 En el Breve expedido por el Papa Clemente XIV. en 26 de Marzo de 1771 para erigir el tribunal de la Nunciatura Española, encarga muy estrechamente al nuncio que observe en cuanto sea posible lo dispuesto por los sagrados cánones y concilios, que prohiben se extraigan sin graves causas de sus respectivas provincias los pleitos y litigantes; y con este importante fin dispone en el artículo 7. del citado Breve que las causas de los exentos, de que antes conocia en primera instancia en su tribunal, las deba cometer en lo sucesivo á los ordinarios locales ó á los jueces sinodales de las mismas provincias, reservando la apelacion á la nunciatura; y por lo respectivo á las demas causas que vienen á este tribunal en grado de apelacion las deba cometer á los jueces sinodales de la diócesis ó de la nueva Rota, consideradas todas las circunstancias de las enunciadas causas, de las personas y de las distancias de los lugares.

16 Si en todo el progreso de los juicios se mira como principal objeto la brevedad, comodidad y menor dispendio de los litigantes, poniéndoles cerca los tribunales para que defiendan y justifiquen sus pretensiones, ¿qué razon podrá hallarse para que la ejecucion de los mismos litigios, que es la parte principal que llena los deseos de los que litigan, se trate fuera del tribunal de los reos que deben cumplir las sentencias; y que se les obligue á salir fuera de su casa á largas distancias para proponer y justificar las excepciones que puedan elidir, modificar, ó impedir el curso de este juicio ejecutivo, pudiendo hacerse mas cumplidamente ante el mismo juez ordinario que conoció en primera instancia de la causa?

17 Si las razones indicadas en esta primera parte convencen la necesidad y utilidad de que la ejecucion de las sentencias se haga por los jueces ordinarios, las autoridades y las leyes confirmarán el propio pensamiento, que es el segundo punto de este discurso: la 5. *tit.* 17. *lib.* 4. (Ley 2. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) dispone y manda: «Que quando de los Jueces in»feriores viniere ante los del nuestro »Consejo, ó ante los nuestros Oidores »el proceso en grado de apelacion, de »que uviere avido primero dos senten»cias conformes de grado en grado, »que seyendo confirmadas en el nues»tro Consejo, ó por el Presidente, y »Oidores de la nuestra Audiencia las »dichas dos sentencias, por manera »que aya tres sentencias conformes, »que de la tal sentencia no pueda ser

»suplicado, ni aya grado de revista; »mas que luego se dé dellas nuestra »carta executoria.»

18 La cosa juzgada, de que se trata en esta ley, se causó por las sentencias del Consejo ó de los oidores, y sin embargo limita su autoridad á que den carta ejecutoria sin reservarse la ejecucion de las sentencias, manifestando en esto haberla dejado al conocimiento y facultad del juez ordinario.

19 Esto, que al parecer queda en el concepto de argumento, se demuestra con la disposicion positiva que contiene la *ley* 6. *del prop. tit. y lib.* (Ley 1. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Rec.), cuyo epígrafe dice: «Que la sentencia »que fuere confirmada por el Superior, »ó pasada en cosa judgada, la execute »el Juez que la dió:» y en el cuerpo de la ley se dispone: «Que despues que »el juicio, que se diere por el Alcalde, »fuere confirmado, ó pasado en cosa »judgada, que el Alcalde, que diere »el juicio, lo haga cumplir, y executar »hasta tercero dia, si fuere sobre raiz, »ó mueble, que no sea de dineros; y »si el juicio fuere dado sobre dineros, »hágalo el Alcalde executar hasta diez »dias.» Dos veces encarga esta ley la ejecucion de la sentencia confirmada por el superior al alcalde que la dió, que es el juez ordinario de primera instancia; compara asimismo la sentencia que es pasada en cosa juzgada, por no haberse apelado de ella, con la que es confirmada por el superior; y no pudiéndose dudar que la ejecucion de aquella toca privativamente al juez ordinario que la dió, como se ha fundado en los preliminares de este discurso, tampoco puede haber duda en la ejecucion de la segunda.

20 La *ley* 33. *tit.* 4. *lib.* 3. (Ley 4. tit. 29. lib. 11. de la Nov. Recop.) manda: «Que quando algun pleyto de exe»cucion viniere en grado de apelacion, »y confirmare el Alcalde mayor la sen»tencia, remita la execucion al inferior, »y no la haga él:» la 7. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 8. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) trata de las apelaciones que por su corta cantidad deben ir á los regimientos, y dejando establecido el término para sustanciar esta segunda instancia, y dar la sentencia por dos regidores del concejo con el juez que dió la de primera instancia, continúa con la siguiente disposicion: «Y lo que »estos así determinaren, sea firme, y »executado por la Justicia Ordinaria;» repitiendo segunda vez que el corregidor ó justicia del pueblo ejecute la pena de diez mil maravedís y las costas en el caso que se deban imponer.

21 La *ley* 13. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 11. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) dispone que siendo confirmada en grado de revista ó segunda suplicacion la sentencia que dieren los oidores interesados en la tercera parte de las mil y quinientas doblas, se les dé por el presidente y oidores carta ejecutoria en forma, para que «ellos ayan, y cobren »las dichas quinientas doblas, que á »ellos pertenescen.»

22 Si el presidente y oidores han de dar la carta ejecutoria de la sentencia que fué dada en grado de la segunda suplicacion, es evidente que á los mismos oidores, que fueron los jueces de primera instancia, pertenece la ejecucion de la sentencia que dieron, y fué confirmada en la revista de la segunda suplicacion, y que á este fin se les devuelven los autos originales, sin los cuales no podria darse la carta ejecutoria á los oidores ni á las partes principales.

23 La ejecucion y observancia de esta ley se habia interrumpido en el Consejo, reteniendo los escribanos de cámara los autos originales que venian á él en grado de segunda suplicacion, y expidiendo la ejecutoria no solo á las partes principales, á cuyo favor se daba la sentencia, sino tambien la correspondiente á los oidores interesados en la tercera parte de las mil y quinientas doblas [45].

24 De la inobservancia y contravencion á la citada *ley* 13. *tit.* 20. *libro* 4. se trató sériamente en el Consejo pleno, y oidos los señores fiscales, y examinado el expediente con la mas detenida reflexion con asistencia de veinte y dos ministros, se declaró por auto de 24 de Marzo de 1773 que todos los procesos que viniesen de las

chancillerías y audiencias al Consejo en el grado de segunda suplicacion, debian volverse á ellas á costa de la parte que introdujo el grado, en caso que por el Consejo se confirme la sentencia de revista dada en ellos, y tambien aunque se modere en parte, siempre que se verifique la condenacion de las mil y quinientas doblas, debiendo acompañar á dichos procesos certificacion de la sentencia del Consejo para que con vista de todo se libren las correspondientes ejecutorias por las chancillerías y audiencias, á las cuales se mandó despachar cédula de esta determinacion; y que sin retardacion de su práctica y cumplimiento volviese el expediente á los señores fiscales para que expusiesen lo que tuviesen por conveniente en cuanto á si revocadas por el Consejo las sentencias de revista, y dada por el mismo la ejecutoria, se habian de volver ó no los procesos á las chancillerías y audiencias de donde vinieron.

25 Libradas con efecto las reales cédulas que previene el citado auto, se ha observado y cumplido desde entonces puntualmente en la parte dispositiva que contiene sin embargo de la contradiccion que posteriormente hicieron los escribanos de cámara del Consejo, pretendiendo se reformase por contrario imperio, ó como mas hubiese lugar, el citado auto, y se les reintegrase en la posesion quieta y pacífica en que se hallaban de tiempo inmemorial de despachar por sus oficios en uno y otro caso las ejecutorias de los grados, reteniendo los autos originales.

26 Este nuevo incidente no ha tenido curso desde el mes de Enero de 1775, y continúan las chancillerías y audiencias en la práctica de lo que dispone el citado auto de 24 de Marzo de 1773, convenciéndose con tan respetable autoridad que el juez superior que confirma las sentencias no las ejecuta, ni aun expide las ejecutorias; pues uno y otro se reserva al inferior que dió la sentencia que mereció ser confirmada.

27 La *ley* 27. *tit.* 23. *Part.* 3., tratando del juez superior, á quien se recurre por apelacion ó por otro cualquier medio, dispone lo siguiente: «E si fallare que el juicio fué dado derechamente, dévelo confirmar, é condenar á la parte que se alzó, en las »costas que su contendor fizo, segun »es costumbre de nuestra Corte, é embiar las partes antel primero Juez que »las judgó, que cumpla su juicio, ó »ande adelante por el pleyto principal, »quando el alzada fuere tomada sobre »algun agraviamiento.»

28 El Consejo en sala de provincia conoce por apelacion de los autos, que determinan difinitivamente los alcaldes de corte en los juzgados de provincia y los tenientes del corregidor de Madrid; y su sentencia, ya confirme, ó revoque la de primera instancia, se tiene por de revista, y hace cosa juzgada; pero se devuelven siempre para su ejecucion los mismos autos al juez inferior: *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2.: *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2.: la 18. *del mismo título y libro* (Ley 13. tit. 13. lib. 11. Ley 5. tit. 28. lib. 4. Ley 21. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.): la 27. *título* 8. *del propio libro*; y el *auto* 3. *tit.* 18. *lib.* 4.

29 Como en este discurso solamente se trata de la ejecucion de la cosa juzgada, la cual se causa por la confirmacion de las sentencias anteriores, no entra en la cuestion el caso de que sean revocadas; y por esta razon, y hallarse pendiente su resolucion en los grados de segunda suplicacion del expediente que se ha insinuado, omito de intento examinar este punto para evitar al mismo tiempo la discusion prolija que necesitaria, y podrá hacerse mas oportunamente en otro lugar.

30 Aunque parecia que en materia tan clara y decisiva no entrarian los autores á confundirnos con opiniones arbitrarias, ha sucedido lo contrario. Scacia *en su tratado de Appellationib. q.* 11. *art.* 7. *desde el n.* 162., y Salgado *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 29. *n.* 1. *y siguientes*, establecen la opinion de corresponder al juez de apelacion, que confirma con su sentencia las anteriores, la ejecucion de la cosa juzgada y la expedicion de la carta

ejecutoria. Estos dos autores con otros que refieren no hacen uso para fundar su opinion de las leyes del reino que se han referido; y este es un defecto capital en los que escriben para la direccion y decision de las causas en nuestros tribunales; pues invirtiendo con desprecio el órden de las leyes, que necesariamente se deben seguir en la ordenacion y determinacion de ellas, (como se dispone en la *ley* 3. *tit.* 1. *libro* 2., y en el *aut.* 1. *del propio tit. y lib.*) (Ley 3. tit. 2. y nota 2. lib. 3. de la Nov. Recop.): defraudan á los profesores y jueces de estos útiles conocimientos, envolviéndolos en confusas y sutiles disputas deducidas de las leyes de los romanos, y de las glosas que hicieron sobre ellas los autores, que ó no tuvieron noticia de nuestras leyes patrias, ó las han tratado pasageramente sin detenerse en el exámen de su fondo, ni en su verdadera inteligencia, autorizada muchas veces por los tribunales.

31 Fúndanse los referidos autores en que la accion de cosa juzgada nace de la última sentencia, y no de las anteriores que se confirman; y añaden en prueba de esta proposicion que el efecto de las primeras sentencias quedó extinguido con su respectiva apelacion. La primera proposicion la toman de la *glosa* á la *ley* 6. §. 1. *ff. de His qui notant. infam.*, y la segunda intentan fundarla en la *ley final ff. ad Senatusconsult. Tertylian.*; y como estas dos autoridades sean tan débiles, no pueden ser muy sólidas las opiniones que se fundan en ellas.

32 La cosa juzgada no se forma de la última sentencia que confirma las anteriores, como de causa única y principal, sino que uniendo su efecto con el que produjeron las anteriores sentencias uniformes en el dictámen de los jueces, vienen á ser estas unas causas parciales que completan con igualdad la cosa juzgada, como se expuso y fundó en el capítulo cuarto de esta segunda parte; y se convenció asimismo el error de atribuir la accion de cosa juzgada á la sola última sentencia confirmatoria de las anteriores, cuyo efecto no fué extinguido por la apelacion, como suponen los referidos autores, sino suspendido en la parte de su ejecucion, y permanente en lo dispositivo; de manera que influye una presuncion y probabilidad bastante apreciable del buen derecho y justicia de la parte que obtuvo las sentencias primeras; y cada una de ellas fortifica esta prueba hasta que con la tercera se eleva á ser notoria. Con sola esta reflexion se destruye la segunda proposicion de estos autores.

33 Puede añadirse en mayor demostracion de este pensamiento que la sentencia dada en primera instancia por el juez ordinario merecia ejecutarse por sí sola, si constara por notoriedad su justicia; pues entonces se desecharia como frívola cualquiera apelacion, y quedarian íntegros y permanentes todos los efectos de la sentencia. Si no sucede así es porque el derecho no ha confiado tanto del juicio de un solo hombre, ni aun de muchos que concurren á dar la sentencia: y por la duda de que sea justa y arreglada, se permite su apelacion ó súplica, viniendo á demostrarse que la primera sentencia se sujeta al juicio de los superiores para que remuevan la duda de si es ó no justa; y su confirmacion contiene una declaracion, en cuya virtud se aparta aquella duda que concibió la parte que apeló. Por este medio va quedando la primera sentencia libre del agravio que se motivó para dar lugar á la apelacion y suspender el cumplimiento y ejecucion de lo mandado en ella, retrotrayéndose las declaraciones ó sentencias posteriores al punto en que fué dada la primera, y restringiéndose la materia de la apelacion, que fué el agravio que motivó el que la interpuso; verificándose en esto el siguiente axioma: *tantum devolutum, quantum appellatum.*

34 Esta es una observacion sencilla que pone en suma claridad el efecto de la primera sentencia y el movimiento y curso que debe tener en su ejecucion luego que es removido el impedimento que la detuvo; concluyéndose con estas pruebas que la sentencia que se ejecuta es la primera, y

que debe hacerlo el juez que la dió en uso de sus facultades.

35 Con esta misma consideracion se satisface al segundo fundamento que alegan Scacia y Salgado en los lugares citados para sostener su opinion, reducido á que no se divida la continencia de la causa, queriendo persuadir que por haber preocupado el juez superior la jurisdiccion para conocer de ella en la segunda ó tercera instancia, no puede dividirse el conocimiento de su ejecucion.

36 Queda demostrado que el juez ordinario preocupó su determinacion para conocer y determinar la misma causa, y si no se le permitiese la ejecucion de su sentencia, se dividiria la continencia en el dictámen de los referidos autores, concurriendo á favor del juez ordinario dos proposiciones elementales: una: *Qui prior est tempore, potior est jure*; y otra: *Ubi cœptum et semel judicium, ibi et finiri debet.*

37 Omitiendo otras dudas de pura sutileza, que excitan los autores referidos, vienen á decir que cuando las partes piden la ejecucion *officio judicis*, deben hacerlo ante el juez superior que confirmó las sentencias anteriores, de quien es privativo este conocimiento por sí ó en virtud de sus requisitorias; pero que intentándose la ejecucion por la accion *judicati*, ó *in factum*, compete al juez inferior ordinario del reo el haber de cumplir la sentencia.

38 Aunque esta distincion de voces no se acomoda bien á la sencillez con que debe buscarse la verdad, y hacerse lo mas útil y ventajoso á las partes que litigan y á la causa pública, conviene explicar lo que quieren decir dichos autores; y está reducido á que si la parte que obtiene la sentencia pide su carta ejecutoria al juez superior que la dió, puede acudir con ella al ordinario del reo que la debe cumplir; pues como la sentencia que contiene la ejecutoria va calificada con un instrumento público, produce ejecucion en los términos que explica la *ley* 1. *tit*. 21. *lib*. 4. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Rec.); y este es el caso en el que en concepto de los autores citados se pide la ejecucion en uso de la accion *judicati*, ó *in factum*.

39 Cuando solicitan las partes que el juez que dió la última sentencia confirmatoria la mande llevar á ejecucion, entonces dicen los referidos autores que se excita el oficio del juez, y que puede y debe despacharla entendiendo por sí solo en la ejecucion, ó remitiendo sus requisitorias á otros jueces.

40 Las leyes del reino que se han referido en la primera parte de este discurso, y las razones que se han expuesto en demostracion de la utilidad y ventajas que se logran ejecutándose las sentencias por los jueces ordinarios que dieron la que se confirma, convence que cuando pudieran tener lugar los dos medios que insinúan dichos autores, se debe reducir el uso de ellos al mas expedito y favorable al reo sin perjuicio del que solicita la ejecucion, porque así lo dicta la justicia y la equidad, y lo recomiendan todas las leyes como primer objeto de su establecimiento.

41 Del tiempo y plazo en que ha de empezar la ejecucion que nace de la cosa juzgada: del curso que debe llevar: de las excepciones que puede recibir, así de las propuestas por los litigantes como por otros, se tratará en el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO XIII.

*En qué tiempo podrá el juez proceder á ejecutar la sentencia que es pasada en cosa juzgada.*

1 Las leyes no oprimen con violencia á los que deben cumplir los mandamientos de los jueces; siempre usan de equidad y templanza concediéndoles plazos proporcionados para que puedan ejecutarlos por los medios menos gravosos: porque se interesa mucho la causa pública en que se favorezca á los reos en todo lo que es compatible con el interes de los que obtienen sentencias favorables; y á veces permiten que sufran estos algun ligero

perjuicio para relevar á los deudores de otro mas grave que les resultaria de la acelerada ejecucion de sus obligaciones.

2 Este es el sistema general que disponen las leyes, y observan los tribunales. La *ley* 6. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Recop.) ordena y manda que el juicio que es dado sobre paga de dineros, siendo pasado en cosa juzgada, lo haga ejecutar el alcalde hasta diez dias, y si fuere sobre raiz ó mueble lo ejecute hasta tercero dia.

3 La *ley* 7. *tit.* 3. *Part.* 3. señala los mismos diez dias al demandado que confesó la deuda, para que pueda cumplir con el pago de ella. Lo mismo se establece en la *ley* 5. *tit.* 27. *Part.* 3.; y con respecto al juicio, que es dado sobre entrega ó restitucion de alguna cosa cierta, dispone «que se »cumpla luego.»

4 Aunque esta expresion de «que »se cumpla luego,» parece que excluye todo término y plazo, y que el juez puede compeler al reo por apremio y otros remedios de derecho á que entregue y restituya los bienes contenidos en la sentencia desde que es pasada en cosa juzgada; con todo no puede ni debe acelerar sus apremios, sin que pase el término suficiente para que por sí pueda cómodamente cumplir el reo la sentencia, permitiéndole á lo menos el de tercero dia si estuviesen los bienes en su poder, ó el de diez si fuere sobre dineros. Esta inteligencia es conforme á lo que dispone en el propio caso la citada *ley* 6. *tit.* 17. *lib.* 4. (Ley 1. citada), y la misma se debe dar á la *ley* 3. *del prop. tit. y lib.*; (Ley 3. del mismo título y lib.) por la cual se manda que cuando algun pleito fuere determinado en la audiencia, «sea luego la tal sentencia ejecutada.»

5 Los juicios sumarios y ejecutivos no reciben excepciones dilatorias ni perentorias que pidan prolijo exámen; pero las que propongan las partes, siendo legítimas, y ofreciendo probarlas *incontinenti*, deben ser admitidas; y aunque la palabra *incontinenti* manifiesta igual ó mayor celeridad que la «de luego,» se concede no obstante un término breve al que se ofrece á probar *incontinenti* sus excepciones, para que lo haga como que viene este plazo por su naturaleza, pues sin él no se podria verificar la prueba ofrecida, como tampoco el pago de la cantidad en que fuese condenado por la sentencia pasada en cosa juzgada, ni la entrega de los bienes sino se le diese el término suficiente á la ejecucion de lo que se le manda.

6 De la primera parte relativa á la excepcion que se ofrece probar *incontinenti*, y del término brevísimo que para ello se concede á la parte, trató el señor Salgado *de Reg. part.* 4. *cap.* 7. *núm.* 56. *al* 60, comprobando su opinion con la de Scacia *de Appellationib. q.* 11. *n.* 68. *y siguientes.*

7 Con la misma equidad que nuestras leyes procedieron los romanos en el señalamiento de plazos para cumplir los juicios, siendo en este punto mas indulgentes, como se observa en la *ley* 21. *ff. de Judiciis*: en la 31. *de Re judicat.*: en la 1. *Judicat. solvi*; y en las 2. *y* 3. *Cod. de Usuris rei judicatæ.* Lo mismo se dispone en el *cap.* 26. *ext. de Offic. et potest. judic. delegat.*, y en el *cap.* 15. *de Sententia, et re judicata.*

8 Los plazos de diez dias para pagar la deuda de dineros, y los tres para entregar los bienes á que es condenado el reo, proceden por la regla comun de considerarse siempre necesarios para que pueda cómodamente cumplir los juicios; pero no impiden al juzgador que le pueda prorogar los enunciados términos, concediéndole los que estime suficientes, consideradas todas las circunstancias de causas y personas. Porque si fuese crecida la cantidad de dineros que debe pagar el deudor, y pareciese al juez que no podrá proporcionarla en el término de los diez dias sin experimentar grave daño, es justo y conveniente que le prorogue aquel término, haciendo lo mismo cuando no tiene á mano los bienes que ha de entregar, y necesita mas tiempo que el de tres dias para ejecutar la entrega al dueño de ellos. Esto es lo que dispone la *ley* 7. *tit.* 3. *Part.* 3.: la 5. *tit.* 27. *de la misma*

*Part.*: la 31. *ff. de Re judicat.*; y el *cap.* 15. *ext. eodem tit.*

9 En las referidas leyes se observan dos diferencias: una con respecto á la naturaleza y calidad de los juicios; pues en el que se da sobre paga de dineros, es mayor el plazo de los diez dias que el de tres, que se concede al que ha de entregar los bienes muebles ó raices, por no ser tan fácil cumplir lo primero, como ejecutar lo segundo.

10 La segunda diferencia consiste en que dichos plazos no exigen caucion ni seguridad de fianzas, porque el daño de estas cortas dilaciones es momentáneo, y sin riesgo de que se acreciente; pero no sucede así cuando se prorogan y conceden otros mayores; pues entonces se ha de asegurar el interes del acreedor, ó del dueño de los bienes con buenos fiadores, segun dispone la citada *ley* 5. *tit.* 27. *Part.* 3.; lo cual es muy conforme al *auto* 79. *tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 1. tit. 33. lib. 11. de la Nov. Recop.) en donde se previene que en el caso de acordar el Consejo la moratoria de que trata, sea con la calidad de dar fianzas á satisfaccion de los acreedores para la paga de sus créditos, pasado el tiempo de la concesion. Lo mismo se halla dispuesto en la *ley* 6. *tit.* 10., y en la 33. *tit.* 18. *Part.* 3.

11 Aunque las citadas leyes señalan el medio de dar buenos fiadores, en el caso que se concedan mayores plazos para cumplir lo juzgado, el fin es asegurar el interes de los acreedores ó dueños que han de percibir los bienes. Muchas veces hallan los jueces otras precauciones de igual efecto, menos gravosas á los deudores y á los que han de restituir los intereses, atendida la calidad de las personas, la entidad de la deuda y de las cosas que deben restituirse; pues formando el juez probable dictámen de que cumplirá el reo sus obligaciones al plazo que se le concede y proroga, ya porque tenga cuantiosos bienes y rentas, y solo halle la dificultad de habilitar dineros, ó entregar los bienes que manifiesta tener en distantes lugares, ó ya porque subsistiendo alguna parte de ellos embargada, queda por este medio asegurado el cumplimiento del juicio, no le grava entonces con la fianza, como he observado muchas veces en los plazos y moratorias, que concede el Consejo sin dar traslado á los acreedores, ni exigir fianzas del deudor; de cuyo medio se usa solamente en los casos que no manifiestan desde luego la justa causa con que se solicita la espera, concurriendo ademas el ser la cantidad grande, y los plazos que se piden de mucho tiempo; pues entonces se comunica traslado á los acreedores, y se remite el expediente á la sala de justicia, en donde se trata y examina con audiencia instructiva la calidad de la instancia; y cuando se estime que es de conceder la moratoria, preceden las fianzas.

12 Esta práctica manifiesta, aun en el caso particular que sirve de objeto á este discurso, que para prorogar los plazos de diez y de tres dias, señalados en las leyes citadas, se ha de instruir el juez de las causas que se proponen, oyendo sobre ellas brevemente á los interesados, y tomando en su vista la oportuna providencia de prorogar los plazos, ó declarar no haber lugar á ello.

13 Los plazos que señalan las referidas leyes, ó los que por el espíritu de estas conceden y prorogan los jueces, son de igual efecto á los que se establecen en los contratos por convencion y consentimiento de las partes; y en todos estos casos procede la regla de que desde el punto que se celebran, y desde el mismo momento en que se les notifica la sentencia, que pasó en autoridad de cosa juzgada, es cierta la obligacion y la deuda, y solo se espera el último dia del plazo para pedirla. Estos dos extremos se explican en las leyes, aplicando al primero el efecto de haber cedido el dia de la obligacion, y al segundo el de haber venido, como se contiene en la *ley* 213. *ff. de Verbor. significat.*, y siguen con uniformidad los autores, asegurando que durante el plazo está impedido el ejercicio de las acciones, sean personales ó reales; y que si se usase de ellas en este

tiempo, deben ser repelidas por excepcion de la parte, sufriendo ademas la pena, que imponen las leyes á los que piden mas de lo que se les debe. Esta es una proposicion declarada en la *ley* 42. *tit*. 2. y en la 9. *tit*. 3. *Part*. 3., y lo estaba igualmente por todo el derecho de los romanos, de que trató Vinnio en diferentes lugares, señaladamente sobre el §. 2. *Institut. de Verbor. obligat.*, en el 33. *de Actionib.* y en el 10. *de Exceptionib.*

14 Con respecto y en conformidad á todos estos principios proceden las leyes á señalar el órden de las ejecuciones, y previenen tres precisas circunstancias: la primera que se presenten al juez que sea competente y cartas y contratos públicos, y recaudos ciertos de obligaciones, compromisos ó sentencias: la segunda que la parte pida en virtud de ellas ejecucion; y la tercera que las justicias las cumplan y lleven á debida ejecucion, siendo pasados los plazos de las pagas, segun todo se expresa en las *leyes* 1. 2. *y* 4. *tit*. 21. *lib*. 4. *de la Recop.* (Leyes 1. 2. y 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.)

15 Está demostrado el tiempo en que la parte puede pedir que se ejecute y cumpla la sentencia por tener expedita su accion; resta ahora tratar del tiempo en que no podrá hacerlo por haberla perdido en lo principal ó en lo accesorio del efecto ejecutivo. Estos dos puntos recibirán mejores luces en su resolucion, examinando primero si el que obtuvo sentencia favorable en el pago de alguna cantidad, ó en la restitucion de algunos bienes, puede despues de la cosa juzgada usar de la primera accion con que formó su demanda, ó de la que le resultó del juicio, ó de las dos simultáneamente y á su arbitrio.

16 La *ley* 19. *tit*. 22. *Part*. 3. dice que del juicio que se diese nace demanda á aquel por quien lo dieron, y que puede pedir la cosa hasta treinta años á aquellos, contra quienes fuese dado el juicio, á sus herederos y á cualquiera otro en donde la hallasen, si el que la tenia no pudiese probar mejor derecho. Igual disposicion contiene la *ley* 6. §. 3. *ff. de Re judicat.* ibi: *Judicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet. Item hæredi, et in hæredem competit.* Esto mismo dice la *ley* 8. *Cod. de Reb. credit.*

17 Esta accion ó demanda, que nace de la cosa juzgada, es una misma en su especie con la que se propuso en el juicio; pero son diversas en el número, y se conservan mútuamente en su clase y en sus efectos, sin que la última extinga la primera: porque en el juicio hay un cuasi contrato, por el cual se obligan los litigantes á cumplir la sentencia de los jueces, de cuya causa nace la nueva accion y demanda; y como no se extiende su intencion á mudar la primera accion, sino á mejorarla con la segunda consistente en la cosa juzgada, no puede tener entrada la innovacion, como se manifiesta por los principios de esta materia, indicados principalmente en la *ley* 29. *ff. de Novationib.*, cuya doctrina siguen con uniformidad los autores señaladamente Salg. *Labyrint. credit. part.* 3. *cap.* 16. *n.* 27. *y* 28.: Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 1. *desde el núm.* 1., fundados en la *ley* 3. §. 11. *ff. de Peculio*, en donde se establecen dos proposiciones que deciden los dos puntos de este resúmen: en la una se dispone que aunque el hijo de familias se hubiese obligado, ó fuese responsable por una causa ó título que no alcanzase, ó no fuese suficiente para obligar derechamente al padre en cuanto al peculio profecticio, si fuese condenado el hijo en juicio, entra desde entonces la obligacion y responsabilidad del padre en la cuota del peculio por la nueva obligacion que induce la cosa juzgada, *ibi*: *Proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.* Fúndase esta obligacion que produce el juicio, *ibi*: *Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi*; y esta es la segunda proposicion de la ley.

18 De los delitos ó cuasi delitos, que cometen los hijos no son responsables sus padres aun en el peculio profecticio; pero si fuesen condenados en juicio al interes ó daño que hubiesen causado, nace entonces la accion de cosa juzgada contra los mismos pa-

dres; siendo este un ejemplar que manifiesta la division de las dos acciones en su causa, como las explicó Vinnio sobre el §. 10. *Institut. tit. de Actionib. vers. Ex contract. num.* 6.

19 La union de estas dos y de cualesquiera otras acciones para demandar y pedir una misma cosa, y la concurrencia de diversos títulos para adquirir su dominio y defenderlo, no tienen incompatibilidad, pues que deja al arbitrio del que las goza el poder usar de la que le pareciere mas útil, como lo explica muy al intento Olea *tit.* 6. *q.* 7. *n.* 8., 9. *y* 20., y lo prueba el §. 15. *Institut. de Legatis*, y lo que en su comentario expone Vinnio; influyendo al mismo intento todo el *título de Dote prœleg. en el Dig.*, y soteniéndose la union de la accion de dote y la del legado por las mayores ventajas que lograba con ésta la muger segun el derecho antiguo de los romanos; y aun todavía subsisten algunas despues del derecho de Justiniano, suficientes á dar valor al legado de la dote.

20 Las acciones desde que nacen caminan á su muerte: sus plazos son ciertos y de corta duracion: porque la personal muere á los veinte años; y la real hipotecaria ó mista á los treinta, si dentro de ellos no se hubiese usado. Así lo dispone la *ley* 6. *tit.* 15. *libro* 4. *Recop.* (Ley 5. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Recop.)

21 Estas mismas acciones personal, real y mista, producidas en juicio, y calificadas en la sentencia con la autoridad de cosa juzgada, son el objeto de la segunda parte que se propone en este capítulo; y por esta razon conviene examinar con mas detenida reflexion si perecerán á los veinte años ó á los treinta, no pidiendo en este tiempo la parte interesada su ejecucion, contando desde que pasó el plazo de los tres ó de los diez dias, y el que hubiese prorogado el juez, segun y en los términos que se ha explicado en conformidad á las leyes que tambien se han referido.

22 La accion ó demanda que nace de la cosa juzgada cuando es confirmada la accion personal, perece á los mismos veinte años; y en esta parte está decidida la cuestion por la citada *ley* 6. *tit.* 15. *lib.* 4. (Ley 5. citada); pues dispone que la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella, se prescriba por veinte años y no menos.

23 De la accion real hay tambien igual decision en la *ley* 19. *título* 22. *Part.* 3., pues dice: «Que del juicio »que diese, nasce demanda á aquel »por quien lo dieron :. de manera que »puede demandar aquella cosa fasta »treinta años, á aquellos contra quie»nes fuere dado el juicio, é á sus he»rederos, é á quien quier otri que la »fallase, si non pudiese mostrar aquel »que la demanda mejor derecho.»

24 La enunciada *ley* 6. *tit.* 15. *libro* 4. (Ley 5. citada) ofrece en su testo pruebas repetidas de esta verdad; pues supone en su principio la regla acerca del tiempo en que se prescribe la accion personal, y continúa la siguiente limitacion: «Pero donde en la obliga»cion hay hipoteca::::: la deuda se »prescriba por treinta años, y no »menos.» Esta obligacion que enuncia la ley es sobre deuda, y solo produce una accion personal, y agregándosele el pacto ó convencion de hipoteca, que sirve de mayor seguridad al cumplimiento de dicha obligacion, nace una accion real dirigida á la cosa hipotecada, la cual es individua en su orígen y causa con la accion personal, que es la principal de aquel contrato; y aunque la hipotecaria se conciba como accesoria, teniendo por su naturaleza la duracion de treinta años, no podria sostenerse si caducase á los veinte la accion personal; y he aquí la razon sólida en que se funda esta primera limitacion á la regla antecedente.

25 Con mayor claridad se percibirá este pensamiento si se consideran las dos acciones personal é hipotecaria como una sola mista, por convencion de los contrayentes; y conteniendo dos partes, una correspondiente á la accion real, que impide y prohibe por su naturaleza la prescripcion de veinte años, exigiendo necesariamente el de treinta, es mas poderoso su influjo que el de la ley, que permite y estima suficiente el de veinte para extinguir

la accion personal, como demuestra el señor Salgado *part.* 2. *de Regia cap.* 7. *desde el n.* 1., tratando de las sentencias que contienen dos cualidades individuas respecto de una misma cosa, una que permite la apelacion, y otra que la prohibe; pues decide en todo á favor de ésta.

26 La segunda limitacion que contiene la citada *ley* 6., es reducida á la obligacion mista de personal y real, como son las acciones *familiæ erciscundæ communi dividundo*, y *finium regundorum*; y siendo todas ellas personales por su orígen y esencia, y que solo participan con alguna impropiedad de la calidad de acciones reales, como se nota en los §§. 1. *y* 20. *Instit. de Actionib.*, y se explica latamente en sus respectivos comentarios, no puede dudarse de la mayor dignidad y fuerza de la accion real cuando concurre con la personal, y no pueden separarse en su ejercicio.

27 Antonio Gomez exponiendo la *ley* 63. *de Toro*, que es la misma *ley* 6. *tit.* 15. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 5. citada), establece en la tercera conclusion que la accion personal con hipoteca de bienes se prescribe por treinta años, y da la razon: *Quia actio personalis corroboratur, et confirmatur ab ipsa hypotheca, ideo durat per majus tempus*; y aunque esta exposicion es bastante confusa, se percibe que la fundaria en las doctrinas y razones que con mayor claridad van indicadas, observándose igual oscuridad acerca de la accion mista de que trata este autor en la conclusion cuarta.

28 Queda bien demostrado para el intento de este capítulo el tiempo en que pueden usar las partes de sus acciones, y pedir la ejecucion de la cosa juzgada pasados los plazos de las convenciones y los señalados por las leyes y los jueces, y antes que hayan perecido las mismas acciones por efecto de la prescripcion, y por cualquiera otro título que sea capaz de extinguirlas.

29 Para concluir este capítulo en todas sus partes se presenta una duda que estriba en averiguar si las acciones que resultan de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, ya se hayan dado sobre acciones personales ó reales, producidas en los respectivos juicios, se extinguen y perecen en sus efectos ejecutivos con solo el tiempo de diez años, ó si conservan esta calidad por el de veinte y treinta, señalados á la duracion de las mismas acciones personales y reales.

30 No admite duda, pues está demostrado por las leyes del reino que se han referido, que de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada nace accion ejecutiva, del mismo modo que nace de un instrumento público guarentigio, como tambien del instrumento privado reconocido por la parte, y asimismo de la confesion judicial, y demas causas que se refieren en las mismas leyes.

31 Igualmente debe suponerse que el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años, siendo así que la misma accion dura veinte, segun dispone en estas dos partes la *ley* 6. *tit.* 15. *libro* 4. (Ley 5. citada).

32 Para que prescriba el derecho de ejecutar la accion personal en los diez años indicados, ha de estar auxiliada del instrumento público guarentigio, y entonces nace la ejecucion en el punto de su otorgamiento, ó con el reconocimiento de instrumento privado, desde cuyo acto nace lo ejecutivo, y no en el tiempo en que se hizo dicho instrumento. Lo mismo sucede en la confesion judicial simple y clara de la deuda que no constaba de instrumento.

33 La duda que ahora se propone no recae sobre el derecho de ejecutar los enunciados instrumentos y confesiones, antes bien se debe suponer que los juicios en que se han dado sentencias sobre las acciones personales, reales ó mistas, han sido ordinarios, y adquirieron por la cosa juzgada lo ejecutivo, y desde ella empieza á correr el tiempo de su duracion y prescripcion.

34 En estos términos disputan los autores sobre si el derecho de ejecutar las sentencias pasadas en cosa juzgada prescribe con el silencio de diez años

continuos, en que no se pida la ejecucion de ellas, ó si se mantiene la accion con la misma calidad de ejecutiva por el tiempo de los veinte años ó de los treinta, suficientes á extinguir enteramente las referidas acciones. Los autores estan varios en sus opiniones: unos admiten la primera, y otros prueban y defienden la segunda, como puede verse en los que refiere Carleval *de Judiciis tit.* 3. *disput.* 4. *n.* 6. *y siguientes.* No se examinan prolijamente los fundamentos de estos diferentes dictámenes, porque el objeto de este capítulo se reduce á probar el tiempo médio en que pueden ejecutarse las sentencias cuando la accion está expedita, bien que me parecen mas sólidos los de la segunda opinion, y que se debe seguir en la práctica de los tribunales; pues usando de las ejecutorias en los tiempos que duran las respectivas acciones que contienen, corresponde que se hagan cumplir por la via ejecutiva, sin que puedan admitirse otras excepciones que las señaladas por las leyes que tratan de las entregas y ejecuciones. De estas ejecuciones, del órden y método de estos juicios, y de sus recursos y apelaciones trataré por conclusion de esta materia en la parte siguiente.

# PARTE TERCERA.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### *De los excesos de los jueces ejecutores.*

1 Habiéndose concluido la segunda parte de esta obra, en la cual se ha tratado con extension y claridad de las sentencias, y dádola fin con la declaracion de los jueces que deben ejecutarlas; solo resta tratar del remedio que pueden tomar las partes cuando en las sentencias hubiere intervenido algun agravio, ya sea en la sustancia de ellas, ó ya de parte de los jueces ejecutores. Si estos jueces ajustan sus procedimientos al cumplimiento exacto de la cosa juzgada, no tiene lugar la apelacion ni otro recurso alguno: porque entonces son ministros de la ley, la cual autoriza en esta clase la cosa juzgada, y la manda cumplir como objeto principal de los juicios, que los acaba y pone en tranquilidad la república. Esta es una proposicion de notoria verdad, calificada por las *leyes del tit.* 27. *Part.* 3., y por otras muchas que refiere en diferentes partes el señor Salgado, señaladamente en la 4. *cap.* 3. *de Reg.*

2 Si el juez excede de la cosa juzgada ofende el derecho natural en las personas que no han sido citadas ni oidas en juicio, y en las cosas que no han venido á él; y obrando con tan visible defecto de jurisdiccion, hace y comete notoria fuerza, y es consiguiente que puedan los oprimidos usar de los medios convenientes para defenderse y redimirse de tales opresiones [46].

3 Varios son los medios por donde se exceden los jueces en la ejecucion de la cosa juzgada, y con respecto á diversos objetos; y aunque los autores han intentado ponerlos en la debida claridad, no han logrado sin embargo en esta parte sus fines.

4 El Sr. Salgado lo observó oportunamente en la *parte* 4. *de Reg. cap.* 8.; pues dejando sentadas hasta el número 55. las dos proposiciones indicadas al principio de este capítulo; esto es, que de la ejecucion de la cosa juzgada no hay apelacion, y que solo se permite y es legítima excediéndose el juez ejecutor; se acerca en el num. 56. á señalar los casos especiales en que se verifican tales excesos, suponiendo haberse tratado esta materia por los autores con bastante confusion: ibi: *Ut ad speciales, et practicabiles casus deveniamus, cum altius requiratur examen, ut clarius elucescant quæ apud DD. satis confusa reperiuntur, in quatuor examinandas distinctas resolutiones dividam*; y al final del número 59. repite: *Ad quas quidem resolutiones reducere poteris varias, et dispersas DD. doctrinas, quæ nimiam aliter confusionem pariunt, et etiam doctos solent confusos reddere, et intrincare.*

5 Yo no hallo desempeñada la claridad que prometió este autor; pues lo dilatado de los dos capítulos octavo y nono, que son en los que trata de esta materia, bastaria para hacerla oscura y confusa, añadiéndose á esto la inversion del órden en el modo con que debió examinarla, empezando por los excesos relativos á las personas como mas dignas, y continuando por los que corresponden á la cantidad ó á las cosas, segun lo observó Justi-

niano en el §. 11. Institut. *de Jur. nat. gent. et civil.*

6 El conocimiento de estos casos debe tomarse de las mismas sentencias y de sus efectos. Así lo propone en el epígrafe del citado *cap. 8. An, et quibus casibus ab executore excedente, dum exequitur personas in executorialibus minime nominatas, nec virtualiter comprehensas; appellationi interpositæ non deferens, vim faciat; et quales ii sint casus, specifice monstratur.*

7 La primera resolucion que propone al número 56. se reduce á la sentencia que es dada sobre accion personal, condenando al reo á que pague al actor cierta cantidad; y debiendo cumplir este juicio el juez ejecutor con el precio de los bienes del mismo deudor, procede en este concepto á su venta, y se opone á la ejecucion un tercero por razon del dominio, de la posesion, ó de otro cualquiera derecho ó interes que pretenda tener en los bienes que se venden al deudor; y si el ejecutor no oye al tercero opositor, ni le admite sus defensas, procediendo por la ejecucion adelante en la venta de los referidos bienes, hay exceso notorio, y lo coloca el señor Salgado en la clase de personal, respecto á que se dirige á las personas, que ni estan nombradas, ni comprendidas en la sentencia.

8 Yo atribuiria este exceso al que se comete en las cosas, porque el juez ejecutor las consideró propias del deudor, y procedió en este concepto á su venta; y si otro alguno las defiende por razon de su dominio, de su posesion, ó de cualquiera otro derecho, será un exceso que directamente se verifica en las cosas, pasando de las del deudor á otras agenas, y la opresion ó daño que resulta al dueño de ellas, viene por una consecuencia indirecta á encontrarse en todos los excesos de las acciones reales, porque siempre han de tocar en las personas.

9 Los excesos inmediatamente respectivos á estas se conocerán teniendo á la vista las mismas sentencias, y considerando lo que acerca de sus efectos disponen las leyes: porque la ejecucion no es limitada á las mismas personas que litigaron, y que fueron expresamente condenadas al pago de la deuda, sino que tambien se extiende con igual virtud y eficacia á todas las otras personas que por la muerte del deudor han sucedido en sus derechos. Esta representacion las hace legalmente unas mismas, y las pone dentro de las sentencias que se dieron contra sus autores, como se verifica en los herederos, en los sucesores de los mayorazgos, en los prelados, y en las comunidades que litigaron y fueron condenadas con estas calidades.

10 En el capítulo duodécimo de la parte primera traté y expliqué de intento los efectos de la sentencia difinitiva, y señalé su trascendencia á otras personas que ni habian litigado, ni estaban en la letra de las sentencias. Las mismas doctrinas se producen en el capítulo octavo de la segunda parte tratando de los terceros opositores; y con reflexion á lo expuesto en uno y otro se descubrirá fácilmente el exceso del ejecutor en las personas no comprendidas en la sentencia.

11 Al mismo fin de poner en toda su claridad el exceso que inmediatamente toca en las personas, conviene dividir los procedimientos del ejecutor en dos partes: la primera empieza con el embargo y traba de ejecucion en los bienes muebles del deudor, por el órden que señala la *ley 19. título 21. lib. 4. de la Recop.* (Ley 12. título 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) ibi: «Dé su mandamiento de execucion::::, »mandando por él que se haga la exe»cucion en bienes muebles.»

12 Si en este primer paso se metiese el ejecutor en las casas de los que ni estan nombrados, ni comprendidos en la sentencia, á embargarles sus bienes muebles para el pago de la deuda en que otro se halla condenado, será exceso notorio de persona á persona, considerando inmediatamente obligada al cumplimiento del juicio la que por ningun título fué comprendida en él.

13 Cuando no alcanzan los bienes muebles á cubrir la deuda, de cuya ejecucion se trata, se extiende el embargo á los raices del mismo deudor;

y si en este segundo paso, que se ha señalado tambien en la citada *ley* 19. (Ley 12. citada), se hiciese el embargo en bienes del tercero, que ni fué condenado, ni comprendido en la sentencia, considerándole el ejecutor obligado al cumplimiento del juicio, procederá con exceso notorio é igual al primero indicado; y lo ratificará si le notificare para que dé fianzas de saneamiento, ó en su defecto procediere á su prision; pues en cualquiera de estos actos procede con exceso, ejecutando en una persona la obligacion que no tiene, y que no fué oida, ni vencida en juicio, y á quien no puede perjudicar por su naturaleza ó influjo, segun los casos y circunstancias explicadas muy por menor en los capítulos anteriores.

14 Los juicios que se han seguido con los principales obligados causan ejecutoria de cosa juzgada, no solo con ellos, sino igualmente con los fiadores y abonadores, y otros de segundo órden; aunque estos no hayan sido citados ni convencidos en el propio juicio.

15 Si el ejecutor omitiendo proceder contra el principal y sus bienes lo hiciere contra los del fiador, será exceso de persona á persona: porque la obligacion del fiador es condicionada para el caso de que el principal no tenga bienes suficientes á cubrir su deuda; y hasta que se verifique con la ejecucion de ellos, no empieza la obligacion efectiva del fiador, ni le comprende la sentencia.

16 Cuando el deudor es condenado al pago de ciento, y el ejecutor procede á la ejecucion de mayor cantidad, su exceso es notorio en esta parte, y da justa causa á la apelacion y recurso. Los herederos condenados al pago de la deuda del difunto se entiende que lo son á prorata de la porcion en que han sucedido; y si el ejecutor procede contra alguno á exigirle mayor cantidad de la que le corresponde, comete igual exceso. Lo mismo sucede en los obligados de mancomun, que no lo son *in solidum*, segun y en los términos que acerca de estas proposiciones se han propuesto y explicado en los citados capítulos.

17 La segunda parte de la ejecucion, en que se han distribuido los procedimientos del juez ejecutor, consiste en la subasta y venta de los bienes embargados al deudor en el concepto de pertenecerle. En este estado viene un tercero exponiendo que los referidos bienes le tocan y pertenecen en pleno dominio ó en el directo, ó en el útil, y solicita que el ejecutor lo declare así, y se los restituya, suspendiendo la ejecucion que habia empezado. Si el ejecutor desprecia esta instancia y sin oirla en juicio ordinario, procede sin embargo por la ejecucion adelante, se excederá notoriamente respecto de las cosas en que debe cumplir el juicio, que deben ser propias del deudor condenado, conforme á la *ley* 3. *tit.* 27. *Part.* 3. y otras del *titulo* 21. *lib.* 4. *de la Recop.*

18 Igual exceso hay, cuando el ejecutor no oye al tercero, que funda su interes en la posesion de los bienes que se intentan vender, ó en cualquiera otro derecho que pretenda tener en ellos, ó en la preferencia al pago de su crédito en el precio de los referidos bienes, en el supuesto de no alcanzar los del deudor á todos sus acreedores.

19 De estos casos y otros semejantes trataron con mucha extension Salg. *de Regia part.* 4. *cap.* 8. *y* 9., y el señor Covarrub. *Practic. cap.* 16. con otros muchos autores que refieren, inclinándose á la opinion de que en tales excesos tiene lugar la apelacion; pero contemplan necesario que los terceros, que se oponen á la ejecucion, expongan sus derechos y las causas de que proceden, y que lo justifiquen á lo menos con probanza semiplena *incontinenti*, dentro de un breve término, para que sean oidos despues en juicio ordinario, suspendiendo entretanto la ejecucion.

20 Esta prévia informacion, que exigen los citados autores para el fin explicado, la fundan en la *ley* 3. *titul.* 27. *Part.* 3., en la cual se refiere y dispone: «Que si por aventura, »en cumpliendo el juicio, acaesciese »contienda sobre las cosas que toma»ban para facer la entrega; diciendo »algunos, que eran suyas, ó que avian

»derecho en ellas, é non de aquel con»tra quien fué dada la sentencia: es»tonce deve el judgador llanamente sa»ber verdad, si es como dicen; é si »fallare que es así, deve dexar las co»sas, é cumplir el juicio en las otras »del vencido, que fallare que son sin »contienda.» Igual disposicion se contiene en la *ley* 15. §. 4. *vers. Sed sciendum est. ff. de Re judicat.*

21 Pero como las enunciadas disposiciones deben ceder á la posterior, que en este punto contiene la *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. *de la Recop.*, que no tendrian presentes los referidos autores, como lo observó oportunamente Parladorio *Rer. quotidianar. lib.* 2. *cap. fin. part.* 5. §. 11. *n.* 57, y Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 8. *nn.* 10. *y* 11, siguiendo el mismo concepto, logran los opositores el que sin necesidad de dar sumaria informacion sean oidas sus pretensiones, y recibidas á prueba inmediatamente con término ordinario, quedando entretanto y hasta su decision suspènsa la ejecucion. Esto es lo que literalmente dispone la citada *ley* 41., y así está recibida en los tribunales, y entendida generalmente por los autores.

22 Pero debe advertirse que cuando la oposicion se funda en la posesion ó dominio, ó en otro derecho real, á que esten afectos los bienes que intentan venderse al deudor, se detiene la ejecucion en aquel punto en que la halla la oposicion del tercero; pero si éste no produjese derecho real en los bienes, y sí el de preferencia al pago de sus créditos, correrá la disposicion de la ley en cuanto á ser oida, y recibir á prueba su pretension en juicio ordinario, continuándose la venta de los bienes ejecutados; y su precio se depositará para hacer pago á los acreedores por el órden de preferencia en que sean graduados por la sentencia difinitiva.

23 Esta diferencia se funda en que la venta de dichos bienes no perjudica á los acreedores, y así no tienen interes en detenerla, antes bien con ella se habilita su mas pronto y efectivo pago en el precio que debe depositarse en persona llana y abonada; pues aunque el señor Salgado en la *part.* 4. *de Reg. cap.* 8. *n.* 65., conviniendo en que pueden venderse los bienes, cuando el tercero funda su pretension en la preferencia de su crédito, es de dictámen que el precio de èllos se entregue al acreedor, á cuya instancia se libró la ejecucion, dando caucion depositaria de responder al acreedor de mejor derecho; en esta última parte se desvian los tribunales de su observancia, y proceden á depositar el precio en persona abonada, que no tenga interes en el pleito, evitando por este medio que el acreedor que recibia el dinero, aunque con la caucion depositaria indicada, no dilate el pleito maliciosamente.

24 En un solo caso podrá tener lugar la doctrina de este autor, y es cuando atendidas las recomendables circunstancias del crédito, de cuya ejecucion y paga se trata, y las de aquellos que producen los terceros, se percibe á primera reflexion la preferencia de aquel, y que no podrá superarse por los posteriores acreedores; y con solo este conocimiento instructivo condesciende el juez á entregar la cantidad del crédito con la indicada reserva y precaucion de que sea sin perjuicio del acreedor de mejor derecho; pues con la caucion que presta, queda siempre sujeto al mismo juicio, logra el beneficio que le puede producir el dinero que recibe, no se presume que usará de maliciosas dilaciones en el pleito por el buen derecho que ha manifestado; y los demas acreedores no sufren perjuicio alguno ni aun en la dilacion de su pago, porque nunca se les haria hasta la sentencia difinitiva, y lo mas que podrian desear, seria que se depositase el producto de los bienes vendidos al deudor, cuya seguridad queda precavida por el medio equivalente de la caucion y fianza que da el acreedor, que en los términos explicados se presenta con mayor preferencia.

25 En la ejecucion de la cosa juzgada sobre restitucion de bienes es mas facil conocer los excesos del ejecutor; y habiendo tratado largamente de ellos los referidos autores, omito de intento el repetirlos.

## CAPÍTULO II.

*La parte ejecutada y los terceros coadyuvantes ó excluyentes deben proponer sus excepciones y defensas en el juicio ante el mismo juez ejecutor, sin que puedan hacerlo en el tribunal del juez principal que dió la sentencia.*

1 Los que litigan pueden hacer sus defensas, y proponer sus excepciones en dos tiempos: el primero es mientras el juicio principal; y el segundo, durante el ejecutivo, que procede de la sentencia pasada en cosa juzgada. Por ejemplo pide el actor diez mil reales: confiesa el reo la obligacion en su orígen; pero alega la excepcion de paga, compensacion, pacto de no pedir, ú otras semejantes á las que señala la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.); y examinadas con la accion principal en aquel juicio, procede la sentencia condenando al demandado al pago de la dicha cantidad, y se trata de su ejecucion, luego que es pasada en cosa juzgada por alguno de los medios que se han referido. Entonces queda reducida la facultad del juez ejecutor al mero ministerio de hacer pago al acreedor en los bienes del deudor, y se considera y llama ejecutor mero; pues no puede admitir las excepciones que fueron propuestas y decididas por el juez principal.

2 Las acciones reales, que se dirigen á vindicar y recobrar los bienes, de que otros estan en posesion, embeben al mismo tiempo por su naturaleza la restitucion de frutos que hayan producido, ó debido producir los mismos bienes, ya se pidan expresamente, ó ya se omita esta ampliacion. Si el actor al tiempo de su demanda, ó en el progreso del pleito antes de la prueba señalase la cantidad de frutos que solicita, vienen al juicio con la accion principal; y determinándose en la sentencia la porcion que debe restituir el poseedor de los bienes, ó la cantidad de su importe, el juez requerido ó comisionado será por la propia razon ejecutor mero; y lo mismo sucede cuando se demandan daños y perjuicios; pues si el actor los especifica y prueba, se determinan y comprenden igualmente en la sentencia difinitiva, sin que el ejecutor pueda oir excepciones algunas relativas á moderarlos ó liquidarlos.

3 Cuando en los juicios principales no se han propuesto las enunciadas excepciones, quedan preservadas, y pueden usar de ellas las partes en la ejecucion de las sentencias, ya sea para modificar su condenacion, ó ya para liquidarla; debiendo hacerlo ante el ejecutor que es misto en estos y otros casos semejantes, y que puede conocer de las referidas excepciones, y determinarlas. Fúndase la facultad de los ejecutores mistos en la regla positiva y segura de que el juez principal, que delega ó manda su jurisdiccion á otro, le da toda la que le es necesaria para cumplir su mandamiento, y quiere que para llegar al fin use de los medios y antecedentes precisos. Esta es una proposicion generalmente recibida, que debió su orígen al Jurisconsulto Paulo en la *ley* 5. §. 1. *ff. de Offic. ejus cui mandat. est jurisdict.*

4 Los terceros opositores solo tienen un tiempo para producir sus derechos y excepciones en la ejecucion de la sentencia pasada en cosa juzgada; pues no habiendo comparecido en el juicio principal por coadyuvantes ni excluyentes, (en cuyo caso dejarian ya de ser terceros en el juicio ejecutivo) vienen á él con estos dos respectos, pudiendo los primeros proponer aquellas defensas y excepciones que son permitidas á las partes que litigaron, porque hacen unas mismas personas en sus representaciones; pero los que se presentan en calidad de excluyentes, usan libremente de todos sus derechos para impedir la ejecucion, y deben hacerlo ante el propio juez ejecutor, que siempre es y se considera misto respecto de los terceros, aunque sea mero para las partes que litigaron, y expusieron en el pleito principal todas sus excepciones, lo cual no sucede en las de los terceros opositores, que vienen al juicio ejecutivo para impedir que se embarguen y vendan sus pro-

pios bienes, ó se les perjudique en la posesion ú otros legítimos derechos que tengan en ellos; pues si el juez ejecutor no trajese en su comision facultad y jurisdiccion suficiente para discernir si las personas y los bienes, en que intenta cumplir la sentencia, estan libres de ella, se expondrán muchas veces á contravenir á su mandamiento, que es reducido á los estrechos límites de cumplirle en las personas nombradas ó contenidas en la sentencia y en sus bienes; y es justo se asegure en los que son agenos para no excederse contra la intencion del juez principal [47].

5 El señor Covarrubias en el *capit.* 16. *de sus Prácticas n.* 5. decide con uniformidad esta cuestion, atribuyendo al ejecutor misto jurisdiccion competente para conocer de las referidas excepciones; y estima que las partes, ya hayan litigado, ó ya vengan como terceros excluyentes deben proponerlas ante el propio juez ejecutor, sin que puedan hacerlo ante el principal que causó la ejecutoria con su sentencia. Funda este autor su opinion en que el tercero debe probar breve y sumariamente su derecho y excepciones para detener la ejecucion, y para que sean oidas y determinadas sus pretensiones, y tiene por cosa inicua que para este fin hubiese de recurrir al juez que causó la ejecutoria, porque se hallaria muchas veces á larga distancia; y reflexiona asimismo que el tercero, que se opone á la ejecucion, no está sujeto á la jurisdiccion del juez principal que dió la sentencia.

6 Estas dos causas aunque no son las principales, con que se prueba y convence la autoridad del juez ejecutor misto para conocer de las enunciadas pretensiones de los terceros opositores, y si lo es la insinuada antes, añaden alguna fuerza á la opinion referida; de donde se convence que aunque los terceros opositores sean admitidos desde luego sin informacion sumaria de su derecho, y detengan la ejecucion, recibiendo con respecto á ellos la causa á prueba, como sucede por lo dispuesto en la citada *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. (Ley 16. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.), corre sin embarazo la doctrina y opinion indicada á favor de los ejecutores.

7 Salgado *de Reg. part.* 4. *cap.* 3. *n.* 8. *y siguiente* dice que el ejecutor, que no admite las excepciones legítimas de los terceros opositores, suspendiendo la ejecucion de la cosa juzgada, procede con exceso, y es apelable la sentencia en ambos efectos, haciendo en esto supuesto de que el ejecutor puede y debe admitirlas; y que la parte que las propone no tiene necesidad de recurrir al juez principal que manda ejecutar dicha sentencia.

8 El conocimiento que debe tomar el juez ejecutor, cuando se le encarga la liquidacion de frutos, y de las impensas y perjuicios en que es condenada alguna de las partes, y el que exige el mismo incidente en caso de reservarlo el juez, que conoció de la causa principal, toca á un nuevo juicio ordinario, requiere prueba, y admite sentencias de vista y revista en los tribunales superiores; y hasta que se cause ejecutoria de cosa juzgada en cuanto á la cantidad de los frutos, perjuicios y daños contenidos con generalidad en el juicio principal, no empieza, ni puede correr la ejecucion de la sentencia.

9 A la prueba de las proposiciones, que por su órden quedan indicadas, conduce la *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 6. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.); la cual motiva en su principio los daños que se habian experimentado, y se seguian de la condenacion general de frutos que hacian los oidores, sin tasar ni liquidarlos, por lo que resultaba de las probanzas hechas en el pleito principal. Refiere y señala primeramente la ley la necesidad de remitir la liquidacion de ellos á contadores. Este primer paso empieza á causar dilacion en el cumplimiento de la sentencia y gastos á las partes que deben pagar á los contadores sus derechos.

10 El parecer de los contadores nombrados por las partes, aunque sea conforme, que lo es pocas veces, no trae aparejada ejecucion sino es confirmado por sentencia del juez que co-

noce de la causa, segun dispone la *ley* 24. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.* (Ley 5. titulo 17. lib. 11. de la Nov. Recop.); y como esta union de circunstancias rara vez concurre, queda pendiente la ejecucion de la sentencia principal, y se hace forzoso oir á las partes en este nuevo pleito, que es el segundo daño que indica la misma *ley* 52. *tit.* 5. *libro* 2. *Recop.* (Ley 6. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) en estas palabras: «Porque de nuevo se torna el pleyto sobre la liquidacion.» Ademas que el juicio de los contadores solo puede recaer sobre hechos ciertos que no hay en la condenacion general de frutos, faltando la prueba.

11 Que este pleito sea ordinario en sus trámites y en su conocimiento se manifiesta en la letra de la misma ley, pues dice: «Que se tornan á dar otras sentencias de vista, y revista.»

12 Los frutos, intereses y perjuicios en que con generalidad fué condenada alguna de las partes, reciben grande variacion por diversas causas que son de mero hecho; y como no se presumen si no se prueban, entra de necesidad el término que debe concederse á las partes para que hagan la que tengan por conveniente, pues en esto consiste esencialmente su natural defensa.

13 El término para probar los hechos y causas de donde el juez ejecutor ha de sacar la verdad, no se halla determinado ni limitado en las leyes del reino, y se deberá estar á lo que disponen las *del tit.* 6. *lib.* 4. *de la Rec.*, señaladamente la 1., reservando al mismo juez ejecutor el prudente arbitrio de restringir los términos de la prueba, segun los que considere necesarios para que puedan las partes hacerla sin opresion ni fatiga.

14 La misma condenacion de frutos, intereses ó daños embebe ciertas condiciones, que es preciso purificar con la prueba, para que empiece á tener efecto la sentencia; pues en cuanto á los frutos ha de intervenir la condicion de que los hayan producido los bienes, á que se refiere la sentencia, porque muchas veces no llega este caso.

15 Los intereses y daños contenidos generalmente en la sentencia llevan consigo igual condicion de que los haya sentido la parte á cuyo favor está dada; porque el juez la funda en la causa que consta del juicio principal, y por la culpa y malicia del reo le hace responsable á los perjuicios que hubiese padecido la otra parte; pero no determina que los haya, ni en qué cantidad, siendo uno y otro necesario para que el ejecutor proceda á la exaccion. De otro modo seria injusticia notoria que se considerase comprendida en la sentencia principal una condenacion que excediese de la cantidad que justamente debiese el reo, exponiéndose el ejecutor á obrar con exceso en esta parte.

16 No es suficiente para llegar á la exaccion de frutos que conste por las pruebas del juicio principal ó por las hechas ante el ejecutor la porcion de frutos producidos y percibidos por la parte que es condenada á su restitucion: porque ademas lleva otra segunda condicion, que consiste en que no se hayan invertido y consumido en el cultivo, beneficio y aumento de los mismos bienes, y paga de las cargas á que se hallan afectos; de suerte que solo el resíduo viene, y se entiende comprendido en el nombre de frutos sujetos á restitucion.

17 El actor favorecido en la sentencia por los frutos que debe percibir, lo es tambien en su liquidacion ante el ejecutor, y le incumbe probar la cantidad cierta de ellos. De otro modo quedarian en este juicio tan ilíquidos como lo estaban en la sentencia del principal, impidiendo por los mismos principios su ejecucion; y como la sentencia pasada en cosa juzgada no limita los términos de la prueba á la parte á cuyo favor se dió, los mismos debe gozar la que es condenada, por la igualdad que exige la justicia en los juicios, segun lo que disponen las leyes y observan los tribunales en el punto de pruebas, aunque se concedan por un remedio privilegiado y extraordinario, como es la restitucion *in integrum* á favor de los menores, segun se dispone en la *ley* 3. *tit.* 8. *li-*

*bro* 4., en estas palabras: «Y que del »término, que se diere por restitucion, »goce la otra parte, si quisiere; y pue»da hacer su probanza, segun y como »lo puede hacer la parte, á quien fue»re otorgada la restitucion.»

18 Si la parte que solicitase en la causa principal la entrega y restitucion de frutos señalase la cuota que demanda, le incumbe probarla, y el demandado puede hacer la suya hasta concluir y convencer que no hay frutos por no haberlos producido los bienes, ó no haber alcanzado á cubrir los gastos de su cultivo y beneficio, ó ser menor la cuota que la demanda; y siendo en este juicio principal iguales el actor y el reo en cuanto á poder probar cada uno lo que les convenga, ¿qué razon puede haber para que no lo sean en las resultas que se encargan al ejecutor?

19 Los instrumentos públicos y las sentencias pasadas en cosa juzgada, son de igual fuerza en cuanto á producir ejecucion de lo que contienen, como se reconoce en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4.; y no pudiendo despacharse ejecucion en virtud del instrumento de cantidad ilíquida, hasta que se determine y liquide por las pruebas que precedan, oidas las partes, lo mismo corresponde hacerse en la liquidacion de lo que contienen las sentencias.

20 De este artículo han tratado muchos autores con variedad y confusion en sus respectivas opiniones. Gutierr. *lib.* 3. *Practicar. q.* 39. *n.* 13. supone que el instrumento que no contiene cantidad cierta y líquida no trae aparejada ejecucion, y que si el juez pronunciase sobre la liquidacion, se puede apelar de esta sentencia, continuándose en via ordinaria; y para huir de estas dilaciones inventa un medio que ni se prueba con ley alguna, ni puede acomodarse á la cuestion insinuada: porque está decidido por la citada *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 6. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) que las sentencias que dan los tribunales sobre liquidacion de lo que contiene la dada en el juicio principal, admiten súplica, y se llega á la de revista.

21 Paz *en su Práctica, tom.* 1. *parte* 7. *cap. único*, hace el mismo supuesto de que en el juicio sobre liquidacion tienen lugar las dos sentencias de vista y revista, y procede á examinar la duda de si puede interponerse la segunda suplicacion, concurriendo las circunstancias que requiere la ley, señaladamente en la cantidad que resulta de la liquidacion; y es de parecer que debe tener lugar por las razones que indica, que en mi dictámen son poderosas para convencer la opinion contraria, con las cuales y las demas que van referidas, se puede dar plena satisfaccion á las opiniones que establecen el señor Covarrubias *Variar. lib.* 2. *cap.* 11., y Salgad. *de Reg. p.* 4. *cap.* 3. *n.* 28. *et cap.* 10.

22 Al número 1. propone el señor Covarrubias una duda, reducida á si el instrumento público en que se prometió el interes de los daños ó la restitucion de las expensas, ú otra cosa que no tiene cantidad líquida ni difinida, trae aparejada ejecucion, y se puede pedir y despachar conforme á las leyes y estatutos que se han referido. Hácese cargo el señor Covarrubias de las opiniones encontradas de Bártulo, Paulo Castrense, Baldo, Sacino y otros que refiere en el mismo lugar, y confesando que de unas y otras resultan graves dudas, se propone interpretar y examinar el verdadero sentido de la opinon de Bártulo, y la reduce á que por el enunciado instrumento de cantidad ilíquida se puede pedir y despachar ejecucion, conteniéndose en este primer paso sin trascender al embargo de bienes muebles y raices, ni á la captura del reo que no da fianzas de saneamiento; pues estos procedimientos los reserva y deja pendientes de la prévia justificacion, que en el juicio sumario ejecutivo debe hacer el actor, poniendo en claro la cantidad cierta que se contiene en el citado instrumento, permitiendo igualmente al reo que pruebe lo contrario en el mismo juicio sumario.

23 Así se explica este sabio autor en el citado *n.* 1. *vers. In summa*: ibi: *Instrumenti non liquidi executio petitur, et fieri potest in hunc sane sen-*

*sum: ut summario judicio, citato reo ipso, prius ad liquidam quantitatem deducatur ipsius contractus incertitudo: ac demum hoc acto, legitimis probationibus utriusque productis, fiat executio, deturque mandatum à judice de capiendis pignoribus ad venditionem, aut ipsomet reo ad carceres ducendo in bonorum subsidium;* y en el *vers. Primum*, repite la facultad del reo para probar contra la estimacion y determinacion de la cantidad, ibi: *Fateor tamen licere omnino ipsi reo huic examini, et certæ, ac liquidæ quantitatis definitioni objicere quidquid jure eidem obesse potest.*

24 Si este autor confiesa literalmente las dos proposiciones capitales que dejo referidas, es á saber que la persona á cuyo favor suena el instrumento público, es actor en la prueba de la cantidad cierta y líquida que contiene, y que el reo puede probar cuanto le convenga en contrario ¿qué ley ó razon puede haber para restringirles el término de su respectiva prueba, ni para dar valor eficaz y ejecutivo á la que haga el actor en aquel juicio sumario?

25 Tambien conviene dicho autor en otra proposicion que igualmente se ha referido, y es que si el juez llega á pronunciar sentencia declarando y determinando la cantidad de los frutos, intereses, é impensas á que se refiere el instrumento, mire y reflexione las probanzas como un medio instructivo, que asegurando en lo interior su juicio, mande continuar la ejecucion por la cantidad que concibe, y no ha declarado; y como este arbitrio no se funda en ley ni en razon sólida que obligue á ser recibido y practicado, no puedo separarme de la opinion establecida, es á saber que ya sea instrumento público, ó ya sentencia pasada en cosa juzgada, como no determine la cantidad cierta de la obligacion, no produce ejecucion, y debe preceder un nuevo juicio diverso enteramente del principal y de la propia naturaleza del ordinario; y así lo estimó Baldo con otros que refiere el mismo señor Covarrubias.

26 La citada *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 6. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Rec.) supone por cierto el nuevo juicio y las sentencias de vista y revista á que se da lugar con la liquidacion de frutos no explicados en la condenacion general; y deseando ocurrir á los gastos y dilaciones que se habian de experimentar, no adoptó el medio que han inventado los referidos autores de que se liquidasen en juicio breve y sumario, ejecutándose la cantidad que concibiese el juez haber probado el actor, sino que recurrió al que señala la misma ley, de que los abogados propongan y hagan probanzas de la cantidad y valor de los frutos, intereses ó impensas que se demandan, para que por lo que resulta de ellas los tasen y determinen los jueces que conocen de la causa.

27 Muchas veces he visto en el Consejo y condescendido con mi dictámen á que se regulen los perjuicios y otros intereses que no constan del proceso, por un arbitrio prudente y reflexivo, moderando la cantidad con toda la equidad posible á favor del reo; pues aunque el actor pudiera mejorar su suerte y sacar mayor cantidad, haria mas crecidos gastos en el nuevo juicio de liquidacion, y padeceria otras incomodidades que son indispensables, con gran turbacion de la causa pública.

28 Salgado *de Regia part.* 4. *capítulo* 10. reconoce la confusion con que han tratado los autores del artículo ó incidente de la liquidacion de frutos, intereses é impensas; y admite la opinion del señor Covarrubias sin añadir ley ni razon que la demuestre. Por tanto seria molesto repetir los convencimientos que se han indicado.

## CAPÍTULO III.

*Los que han litigado en un juicio que pasó en cosa juzgada, pueden usar de la apelacion y de los recursos de nulidad y queja para enmendar las injusticias y los excesos de los jueces ejecutores.*

1 Aunque la apelacion es un medio comun tan recomendado por las leyes

para el fin de prevenir y reparar los agravios que hacen los jueces, con todo no siempre los detiene y suspende, sino que muchas veces deja correr su ejecucion, por la mayor autoridad y presuncion, que atendidas todas las circunstancias persuaden la justicia de los que mandan y la malicia de los que intentan la suspension. Estos son los casos en que tiene lugar la apelacion en el solo efecto devolutivo; y en los de esta clase entran las apelaciones que se interponen de los procedimientos de los jueces que entienden en la ejecucion de la cosa juzgada; ya sean meros ejecutores ó ya mistos.

2 Estas son las dos reglas que establecen los autores, señaladamente Salg. *de Reg. part.* 4. *cap.* 1. *n.* 16., y *cap.* 3. *n.* 15.: Parlad. *Rerum quotidianarum lib.* 2. *cap. final part.* 2. §. 3. *n.* 3. *y* 4.: Scac. *de Appellation. q.* 16. *limitac.* 1. *n.* 10., *y limitac.* 24. *num.* 1., y en la *q.* 17. *limitac.* 10. *n.* 1.: Gonzalez en su *comentario al cap.* 43. *de Appellationib. n.* 5., con otros muchos autores que siguen esta misma opinion.

3 Fundan y prueban estos autores la insinuada regla primera con el sentido literal de la *ley* 52. *tit.* 18. *Partida* 3.: con la 4. *ff. de Appellationib.* ibi: *Ab executore sententiæ appellare non licet:* con la 5. *Cod. Quorum appellationes non recipiantur:* ibi: *Ab executione appellari non posse, satis et jure, et constitutionibus cautum est*; y con el *cap.* 43. *ext. de Appellationib.*: ibi: *Unde cum secundum jus ab executoribus appellari non possit.*

4 Deducen la segunda regla los mismos autores de la generalidad relativa á los ejecutores que contienen las leyes y los cánones que se han citado, en donde entienden que estan comprendidos unos y otros ejecutores, respecto á que no hace diferencia de ellos; y no es lícito introducir distinciones cuando las leyes no las hacen: porque ó son interpretaciones ó revocaciones parciales, que estan reservadas al autor de las mismas leyes.

5 Si los ejecutores exceden los límites de su comision carecen de jurisdiccion y potestad, obran con nulidad y como personas privadas; y es justo detener tales procedimientos por medio de la apelacion, que deben admitir en ambos efectos, siendo esta una limitacion capital de las reglas antecedentes, muy expresa en las autoridades que se han citado, y generalmente recibida y observada en los tribunales.

6 En los dos capítulos antecedentes traté largamente de los medios y modos con que se verifican los excesos de los ejecutores, y este conocimiento facilita el que debe tomarse para determinar los casos en que puede tener lugar la apelacion suspensiva. Al mismo intento explicó el señor Salgado las reglas por donde debia conocerse si el procedimiento del juez ejecutor tocaba en el agravio de exceso, ó de simple injusticia contenida dentro de los límites de su jurisdiccion, señaladamente en la *parte* 4. *de Regia*, *cap.* 3. *n.* 36. *y siguientes*, y en el 80 *y* 81.

7 Yo no deseo introducir opiniones singulares, porque venero mucho el dictámen casi uniforme de hombres tan sabios, que han merecido todo el respeto y autoridad de los tribunales; pero al mismo tiempo creo ser de mi obligacion hacer y repetir aquellas observaciones que conducen á la mejor y mas clara inteligencia de las doctrinas generales que admiten y siguen algunas veces los autores sin el debido exámen y discernimiento del orígen en que intentan fundarlas, especialmente no estando autorizadas por las leyes del reino ni por los cánones, que en sus casos deben formar la regla en la ordenacion y decision de las causas.

8 La extension que hacen los referidos autores á los ejecutores meros y mistos impidiendo la apelacion suspensiva de sus procedimientos, aunque contengan injusticia ó gravámen simple, porque no excede el modo y límites de su comision, la fundan en que las leyes y los cánones hablan en general de los ejecutores, sin distinguir que sean meros ó mistos; pero yo no hallo esta general ó indefinida expresion, que se atribuye á las enunciadas leyes; pues las mas tratan particularmente de los ejecutores meros, como se reconocerá por su literal contesto.

9 La *ley* 52. *tit.* 18. *Part.* 3. pone los casos en que deben ser cumplidas las cartas «sin pleyto, é sin juicio ninguno» el primero es, «quando manda »el Rey á alguno facer algun fecho señalado.» Continúa la misma ley con algunos ejemplos de los casos particulares contenidos en la misma regla general, «así como si le mandase prender, ó matar algun ome, ó derribar »torres, ó otras fortalezas, ó facer cumplir algun juicio, ó otro fecho señalado quel mandase facer ciertamente, »diciendo en la carta: faced tal cosa »luego que esta carta vieredes. Onde »decimos, que aquel contra quien va »la carta, non puede poner defension »ninguna ante sí, porque non cumpla »aquello, quel fué mandado por tal »carta.»

10 Ninguno dudará que así la regla como los casos particulares que refiere esta ley, son de mero hecho específico y señalado, y que solo toca al juez ejecutor su puntual cumplimiento, que es el distintivo de los meros ejecutores; y mas repitiéndose en la consecuencia dispositiva de la ley «que »aquel, contra quien va la carta, non »puede poner ante aquel Juez defen»sion alguna;» en lo cual no solo excluye como parte de su defensa la apelacion, sino las demas que podian caber en el juicio.

11 Continúa la misma ley con dos excepciones, permitiendo al ejecutor que pueda oirlas y recibir sobre ellas pruebas para el fin único de hacerlo saber al rey, y esperar su resolucion, prohibiéndole que juzgue sobre aquellas defensiones, *ibi*: «Mas él non deve »judgar sobre ellas;» y da la razon de la antecedente prohibicion, *ibi*: «Pues »que la carta manda facer cosa señala»da, é non le da poder de judgar.» Concluye la ley con la siguiente decision: «E del fecho, que ficiese aquel »á quien fuere enviada la tal carta, »non se puede ninguno alzar;» quiere decir que ejecutando y cumpliendo el hecho que contiene la carta no hace agravio, y falta el motivo y fundamento de la apelacion, que reconoce solamente en lo que excediere; y así concluye la ley con la excepcion de la regla antecedente: «Fueras ende, »si pasare ademas de quanto por aque»lla carta le fuere mandado.»

12 El *cap.* 43. *ext. de Appellation.* habla determinadamente del ejecutor mero, y prohibe que se apele de la ejecucion que hiciese conforme al mandato. El epígrafe del capítulo dice: *Merus executor non recusatur, nec ab eo appellatur, nisi modum excedat.*

13 El hecho de este capítulo se reduce á un entredicho acordado por sentencia del Papa, y publicado por el cardenal ejecutor; y en estas circunstancias decide no haber lugar á la apelacion que se habia interpuesto de la publicacion y ejecucion del entredicho, demostrándose en todas sus partes ser limitada la prohibicion de apelar á la ejecucion mera y arreglada á la sentencia y disposicion precedente: porque falta en este caso el agravio, en que necesariamente debia fundarse la apelacion. Este es el sentido literal que se presenta en el citado *cap.* 43., y el mismo que con mucha erudicion expone Gonzalez en su *comentario.*

14 La misma inteligencia reciben las *leyes del Digesto y Código* en su literal contesto. La *ley* 4. *de Appellat.* dice: *Ab executore sententiæ appellare non licet*: la *glosa al n.* 32. *Executoris ab executione appellari non potest, nisi modum excedat.* El distintivo con que señala esta ley al ejecutor, es la ejecucion de la sentencia, y el motivo de la apelacion el agravio que se deduce de la misma ejecucion; y como este no puede verificarse cuando se arregla á lo que expresa y contiene la sentencia pasada en cosa juzgada, y solo puede haber agravio y perjuicio en lo que excede, limita á este solo caso la apelacion.

15 Con la misma restriccion se explica la *ley* 5. *Codice*, *Quorum appellationes non recipiantur*, y la *ley* 25. *Codic. Theodos.*, *eodem titulo.* Pues si ninguna de las autoridades que se han referido habla de ejecutores mistos ni de las apelaciones que se hayan de interponer de sus procedimientos sobre las excepciones y liquidaciones que pueden juzgar, declarar y determinar, parece muy arriesgada la opinion de los

autores que se han citado, que extienden la prohibicion de apelar á tales procedimientos judiciales, aunque contengan injusticia y agravio, y parece al mismo tiempo ocioso el discernimiento que para este efecto hace el señor Salgado entre la injusticia ó agravio simple y el que llama cualificado, que es como se explica en la *parte* 4. *de Reg. cap.* 3. *n.* 76. *y siguientes.*

16 Con reflexion á las autoridades y razones que se han referido, me parecia muy conforme á la regla comun el que los actos ejecutivos, ya sean del ejecutor mero ó del misto, no son apelables cuando se conforman con lo prescripto en la sentencia; pero lo son en lo que exceden, porque en esta parte hay agravio, y no le hay en la primera.

17 La diferencia única que yo considero entre los dos ejecutores consiste en que el misto puede juzgar y determinar con audiencia de partes lo que no está juzgado ni determinado en la sentencia difinitiva; y si en el uso de esta jurisdiccion procede con injusticia y agravio en sus sentencias, podrá decirse con verdad que la apelacion no es relativa á la ejecucion sino á la decision que hace como juez este ejecutor misto; y salvándose cuanto disponen las leyes acerca de prohibir apelar de la ejecucion, queda expedita la regla que permite hacerlo de toda sentencia que causa agravio, ya sea difinitiva ó interlocutoria, con la diferencia de que basta alegarlo en aquella con generalidad, y es necesario expresarlo en esta, mayormente cuando es de considerable entidad, y no puede repararse posteriormente sin grave daño, pues seria opresion é injusticia notoria obligar á la parte á sufrir largo tiempo el perjuicio que le causa el juez por su determinacion ó sentencia.

18 Para hacer demostrable esta regla fundada en las leyes, y recomendada por la equidad á favor de la natural defensa, conviene recordar lo que se explicó sobre las apelaciones y sus verdaderas causas en el capítulo segundo de la parte segunda, en donde quedan establecidas las reglas capitales de esta materia. Por la primera regla se asegura que el uso de las apelaciones es necesario y frecuente, y que se dirige á contener y enmendar los agravios que hacen los jueces, y á suplir tambien la negligencia de los mismos litigantes, dirigiéndose por estos medios á defender sus derechos; y estas recomendables circunstancias hacen decidir á favor de la apelacion y sus efectos suspensivos en todos los agravios que causen los jueces por sus sentencias difinitivas ó interlocutorias, cuando en estas lo permiten las leyes y ordenanzas, segun y con la diferencia que se ha notado en el citado capítulo segundo de la segunda parte, la cual se reduce á que en las sentencias difinitivas basta que la parte se tenga por agraviada para que se admita la apelacion en ambos efectos; y lo mismo sucede en las interlocutorias, señalando y determinando el agravio.

19 Bajo de esta regla no pueden correr las doctrinas del señor Salgado en cuanto á la distincion que hace del agravio ó injusticia simple y del exceso del juez ejecutor; para cuyo convencimiento me valdré de los mismos dos casos que este autor trae por ejemplo. El primer caso es del ejecutor encargado por el juez principal de liquidar los intereses ó frutos, cuyo valor y cantidad no se halla determinada, aunque estan contenidos en la condenacion de la sentencia; y declarándola el ejecutor en la suya, dada con audiencia de las partes, apela alguna de ellas por el agravio y exceso que concibe en la mayor cantidad que sañala ó en la menor que estima contra la otra parte; en cuyo caso dice el señor Salgado que se ejecuta la sentencia del juez ejecutor, permitiendo la apelacion en solo el efecto devolutivo.

20 De esta doctrina y de la que con uniformidad insinúa el señor Covarrubias en los lugares, que muy por menor se refieren en el capítulo próximo anterior, hice en este lugar particular mérito, separándome de su dictámen por las leyes y consideraciones que expuse, para venir á declarar que de las sentencias, que dieren en tales casos los jueces ejecutores, debe admi-

tirse la apelacion en ambos efectos; añadiendo ahora en su comprobacion que la sentencia del juez ejecutor misto, en cuanto liquida ó determina la cantidad de los frutos ó intereses comprendidos generalmente en la sentencia del juicio principal, es difinitiva, y está bajo la regla que se ha insinuado de permitir las apelaciones en ambos efectos, como lo prescriben todas las leyes citadas en el capítulo primero de esta tercera parte.

21 Scacia *de Appellationib. q.* 17. *limitac.* 10. *n.* 54. examina el mismo artículo, y es de dictámen que puede apelarse en ambos efectos de la sentencia del ejecutor que liquida y determina la cantidad y valor de los frutos é intereses, haciéndolo de la parte en que la considera excesiva.

22 El segundo caso que refiere el mismo Salgado *part.* 4. *cap.* 3. *n.* 81., en la clase de simple gravámen y no de exceso, se reduce á la sentencia del juez principal, que condenando á alguna parte en cierta cantidad encarga la ejecucion de su pago á otro juez, que en tales circunstancias será mero ejecutor; y haciendo éste el pago en menor cantidad que la expresada en la sentencia, si la parte agraviada apela, dice este autor que la apelacion solo tiene lugar en el efecto devolutivo; y da la razon, porque es una injusticia ó gravámen simple, que no toca en el extremo de exceso. Este dictámen sin duda lo fundaria Salgado en que teniendo facultad para ejecutar al reo en mayor suma, se contiene en ella la menor.

23 Yo hallo en este caso notorio exceso sobre el mandato, porque debiendo cumplir fielmente lo que se le ordena, no lo hace el ejecutor despreciando la ley que le impone el juez principal. Convengo con el señor Salgado en que la apelacion no tiene en tal caso efecto suspensivo, no por la razon que indica, sino porque la enunciada sentencia de menor cantidad es absolutoria respecto del reo en la parte que no llena la suma de la sentencia principal, y entonces entra la regla decisiva de que las sentencias que absuelven no dejan acto alguno que suspender, y faltan los términos de la cuestion, procediendo la apelacion que se interpone de ellas libremente.

24 En los excesos de los ejecutores tiene lugar el recurso de queja y nulidad con la diferencia de que este puede unirse con el de la apelacion, y tratarse al mismo tiempo de uno y otro ante el juez superior; pero esto no sucede en el recurso de queja, porque se intenta derechamente en el tribunal superior, el cual no es competente para interponer la apelacion; debiendo hacerse ante el mismo juez que dió la sentencia, á lo menos para que suspenda esta ejecucion.

25 Uno y otro recurso se fundan en la nulidad del exceso, y son equivalentes en el progreso y en la decision, sin que en ellos se trate de la injusticia ó simple gravámen de la sentencia, cuando van de por sí separadamente; pero si se acompaña el de nulidad con el de la apelacion, conoce el juez superior de los dos agravios; esto es, del simple que consiste en la injusticia, y del calificado que causa el exceso por la nulidad que contiene.

26 Del tiempo en que debe introducirse la nulidad, de los jueces que pueden conocer de ella, del modo y forma de proponerse como principal por sí sola ó unida á la apelacion, y de los efectos que en estos respectivos casos producen los enunciados recursos, así en cuanto á la suspension de la sentencia como en órden al fenecimiento de la causa, traté muy por menor en el capítulo primero de la segunda parte, adonde podrá recurrirse, sin que sea necesario repetir aquí las doctrinas, que con mucha reflexion se expusieron en él.

## CAPÍTULO IV.

### *De la segunda suplicacion* [48].

1 En los capítulos anteriores he tratado de los pleitos que mueren con la segunda sentencia del Consejo, de las chancillerías y audiencias, por ser el término que les pusieron nuestros mayores en las leyes á beneficio de la causa pública; pero como hay otros,

que por las mismas leyes tienen mas larga vida, si usan oportunamente del remedio de la segunda suplicacion; conviene saber cuáles sean, y examinar sus partes en sus principios, progresos y fines.

2 De ellas escribió un copioso tratado el señor Maldonado con el título de *Secunda supplicatione*; y tambien formó otro del mismo asunto Avendaño, aunque mas corto que el primero. Como estas *instituciones prácticas* llevan por principal objeto desde sus principios facilitar la instruccion, sin repetir lo que de intento y con mayor extension han escrito otros autores de buen juicio, reduciré este capítulo á las reglas de esta materia establecidas por las leyes, y observadas en los tribunales, omitiendo las prolijas cuestiones que excitaron los referidos autores, pues que estan ya decididas expresamente por las leyes y por el uso de los tribunales.

3 La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) permite que se pueda suplicar segunda vez «en los pleytos »que fueren comenzados nuevamente »en las nuestras chancillerías, ante los »nuestros oidores, y fenecidos por su »segunda sentencia en revista, de la »qual no puede aver apelacion, ni su»plicacion, conforme á la ley de Se»govia.» [49].

4 Esta circunstancia, de que sea el pleito comenzado por nueva demanda en las chancillerías, es la esencial que abre la puerta al remedio de la segunda suplicacion, y sin ella no puede tener lugar este recurso.

5 En la primera parte de la ley se tiene por bastante que el pleito empezado en la chancillería ante los oidores sea fenecido por su segunda sentencia en revista; y en la segunda se añade que la dicha segunda sentencia ha de ser dada por los oidores juntamente con el prelado que fuere presidente. Esta diferencia podrá ocasionar duda á los que sigan la letra de la citada ley, acerca de si la sentencia de revista, que dieren los oidores sin el presidente, admitirá la segunda suplicacion.

6 La *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 3. tit. 1. lib. 11. de la Nov. Recop.) ocurre á esta dificultad, pues dispone y manda que en las revistas de los pleitos de cien mil maravedís arriba, que se comenzaren por nueva demanda en las audiencias por caso de corte, se halle presente el presidente. Y como en los pleitos, de que habla la citada *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.), han de concurrir las dos precisas circunstancias de ser empezados nuevamente en las chancillerías, y exceder de los cien mil maravedís [50], supone que la sentencia de revista ha de ser dada por los oidores con asistencia del prelado que fuere presidente, sin que estime necesario hacer esta explicacion en la parte dispositiva, aunque la hace en la enunciativa.

7 Pero aunque esta es la regla general para las sentencias de revista en los pleitos que refiere la ley, no es circunstancia, cuya falta impediria el uso de la segunda suplicacion, concurriendo las demas que requieren las leyes.

8 Como en la *ley* 1. ya citada se habla solamente de los pleitos comenzados en las chancillerías, pudieron tomar ocasion los autores para dudar si tendria lugar la segunda suplicacion en los comenzados en el Consejo y en las audiencias; pero la *ley* 7. *del propio tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 4. tit. 22. lib. 4. de la Nov. Recop.) disipó estas cuestiones mandando que tenga lugar la segunda suplicacion en los pleitos, que se comienzan en el Consejo ó audiencias por nueva demanda.

9 Las enunciadas dos *leyes* 1. *y* 7., en cuanto permiten empezar los pleitos por nueva demanda en el Consejo, chancillerías y audiencias, se oponen á las que con mayor recomendacion y beneficio de la causa pública ordenan y mandan que se empiecen los pleitos ante los jueces ordinarios del fuero de los reos demandados, sin que puedan sacarlos á litigar fuera de él por el grande interes que logran en defender y probar sus excepciones y derechos dentro de su casa, ó en el lugar donde han administrado, ó poseen sus propios bienes, ó en los tribunales á

que se han sujetado por sus convenciones; y si han de tener lugar estas leyes en todos los pleitos, conforme á las reglas generales que prescriben, quedarán sin efecto las que permiten empezar los pleitos por nueva demanda en los tribunales superiores, ó si tienen alguno será rarísimo, y traerá gran daño á la causa pública, faltando la utilidad y beneficio, que es el alma y fundamento de todas las leyes.

10 Estas observaciones hacen conocer que los pleitos solo pueden comenzarse en el Consejo, chancillerías y audiencias por un derecho privilegiado, que pueda excitar el interes público, conciliándose con el de la ley general indicada: tales son los de las viudas, huérfanos, pobres, impedidos y los que por cualquiera otro título lleguen á ser personas miserables, y muevan con razon la equidad y conmiseracion de los reyes, y de los tribunales que inmediatamente los representan, y juzgan á su nombre.

11 El grande Constantino manifestó su piedad y conmiseracion á favor de estas personas en la *ley* 2. *de Officio judicum omnium*, en el código Teodosiano, que por ser el orígen de los privilegios, de que se va á tratar, y de donde se han trasladado sus palabras á otras leyes, conviene copiarlas para que se perciba con mejores luces su propia, y verdadera inteligencia. *Si contra pupillos*, dice la ley, *vel viduas, vel diuturno morbo fatigatos, et debiles impetratum fuerit lenitatis nostræ judicium, memorati à nullo nostrorum judicum compellantur comitatui nostro sui copiam facere: Quinimo intra provinciam, in qua litigator, et testes, vel instrumenta sunt, experiantur jurgandi fortunam: atque omnis cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. Quod si pupilli, vel viduæ, aliique fortunæ injuria miserabiles, judicium nostræ serenitatis oraverint, præsertim cum alicujus potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere.* Esta ley se trasladó en todo su tenor á la primera del código de Justiniano en el título: *Quandò Imperator inter pupillos.*

12 La *ley* 4. *tit*. 3. *Part*. 3. establece la regla de que el demandado no debe responder en juicio ante otro alcalde, «si non ante aquel, que es pues»to para judgar la tierra, dó el mora »cotidianamente;» y en la *ley* 5. *siguiente* se pone entre otras limitaciones el pleito, «que demandase huérfa»no, ó ome pobre, ó muy cuitado con»tra algun poderoso, de que non po»diese tan bien alcanzar derecho por »el fuero de la tierra. Cá sobre cual»quier de estas razones tenudo es el »demandado de responder ante el rey, »do quier que lo emplazaren.»

13 La *ley* 41. *tit*. 18. *Part*. 3. está mas expresiva en las dos partes acerca del privilegio que concede á los huérfanos, viudas, y á los hombres muy viejos ó cuitados de grandes enfermedades ó de muy gran pobreza, y á cualquier otra persona semejante, «de »quien ome deviere hacer merced, ó »piedad, por razon de la mezquindad, »ó miseria en que vive.»

14 La *ley* 18. *tit*. 23. *de la misma Part*. 3. hace supuesto de que los que se agravian, y se alzan de unos jueces, deben hacerlo á otro, que sea mayoral, «subiendo de grado en grado to»davía del menor al mayor, non dejan»do ninguno entremedias;» y en la *ley* 20. *siguiente* exceptúa de esta regla á las viudas, á los huérfanos y á las demas personas miserables, permitiéndolas que puedan apelar derechamente al rey.

15 Las *leyes* 1. *y* 2. *tit*. 2. *lib*. 4. *de la Recop*. (Leyes 1. y 2. tit. 3. lib. 11. de la Nov. Recop.) hacen supuesto de los casos de corte, en que el actor puede venir al Consejo, ó á cualquiera de las audiencias por su persona ó por su procurador, y señalan las diligencias prévias que deben hacer para que se les libre carta de emplazamiento; y la *ley* 8. *tit*. 3. *lib*. 4. prohibe «que ninguno de los vecinos »de las nuestras ciudades, villas y lu»gares puedan ser emplazados para an»te los nuestros alcaldes de corte, y »chancillería fuera de las cinco leguas »en las causas civiles, sin que primera-

»mente sean demandados ante los al»caldes de su fuero, y oidos, y venci»dos por derecho.» Y al fin de esta *ley* exceptúa de la regla antecedente los pleitos de viudas, huérfanos y personas miserables, poniéndolos entre los casos que se deben librar en la corte y chancillerías.

16 La *ley* 11. *tit*. 5. *lib*. 2. (Ley 9. tit. 1. lib. 5. y 2. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.) hace un recuerdo general de los pleitos, que por casos de corte se han de ver en primera instancia, por via de proceso ordinario formado entre partes, y desciende á declarar y mandar que sea el conocimiento y determinacion en las chancillerías; relevando al Consejo de que entienda en ellos, «porque los del nuestro Conse»jo que con Nos andan, no estan así »de reposo, y han de entender en »otras muchas cosas, cumplideras al »nuestro servicio, y á la buena go»bernacion de nuestros Reynos.» Esta es la razon que indica la ley, y continúa diciendo: «salvo si Nos por es»pecial comision nuestra dada, ó fecha »por carta, ó cédula firmada de nues»tros nombres, otra cosa mandáre»mos.» Y en la *ley* 21. *del propio tit* 5. *lib*. 2. (Ley 13. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.) prohibe á las audiencias y chancillerías, que conozcan en primera instancia de los pleitos civiles, que se mueven contra algun vecino de la ciudad, donde estuvieren, ó en las cinco leguas en contorno, «mas que »el actor siga el fuero del reo ante »su Juez ordinario, ó ante los alcal»des de las nuestras chancillerías;» y continúa con la limitacion siguiente: «salvo si la causa fuere de caso de »corte.»

17 De las leyes referidas se saca por resúmen que los pupilos (en cuya clase se cuentan para este efecto los menores de veinte y cinco años que se gobiernan por ageno arbitrio, las viudas y todas las demas personas miserables) gozan de dos privilegios: por el uno no pueden ser obligados á litigar fuera de su domicilio, aunque se intente en los casos de corte por los que tengan este privilegio: porque no pueden usar de él contra los que le tienen igual, añadiéndose que el que gozan los unos, para no ser extraidos de su fuero, es negativo y prohibitivo, que influye con mayor eficacia que el positivo, segun la doctrina del señor Salgado *de Regia part*. 2. *cap*. 7. *desde el n*. 4., con otros muchos que refiere.

18 El segundo privilegio consiste en que las mismas personas miserables, y las que por cualquiera otro título son acreedores á la equidad y conmiseracion, ya sean actores ó ya demandados, pueden traer en primera instancia sus pleitos al Consejo, chancillerías ó audiencias. La razon se expresa en las mismas leyes citadas, y se reduce á que estan expuestos á ser oprimidos y fatigados por violencia y engaño con riesgo de perder sus derechos; y comparando este perjuicio con el que pueden sufrir las demas personas, que saliendo de su fuero vayan á litigar á los tribunales superiores, es incomparablemente mayor aquel, y mas digno de ser atendido, especialmente cuando se compensa el mayor gasto, que hagan en estos tribunales, con la seguridad en la administracion de su justicia, conciliándose por estos medios en los casos referidos el interes de la causa pública, que hace cesar el de la regla general y comun; pero no basta para su dispensacion en estos privilegios cualquier daño ó perjuicio de las personas miserables; pues debe exceder en lo principal que se litiga de diez mil maravedís, segun la *ley* 11. *tit*. 3. *lib*. 4. (Ley 5. tit. 3. lib. 11. de la Nov. Rec.)

19 Con mayor extension trataron de esta materia el señor Covarrubias en los *cap*. 6. *y* 7. *de sus Prácticas*, y Carleval *de Judiciis tit*. 1. *disputat*. 2. *section*. 7.; mas no hallo tocada una duda que se ofrece en las citadas leyes, y se ha excitado muchas veces en el Consejo por algunos ministros de integridad y sabiduría; reducida á si los casos de corte estan privativamente reservados á las chancillerías y audiencias, ó si pueden introducirse tambien en el Consejo.

20 Fundaban esta duda los enunciados ministros en la *ley* 11. *tit*. 5.

*lib.* 2. (Ley 9. tit. 1. lib. 5. y 2. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.), que en la parte dispositiva ordena y manda que en todos los pleitos, que son sobre casos de corte por primera instancia, que se han de ver ordinariamente por via de proceso ordinario formado entre partes, sean el conocimiento y determinacion privativos de las chancillerías. Continúa la ley con una limitacion que confirma la regla general antecedente: «Salvo si Nos por especial »comision nuestra dada, ó fecha por »carta, ó cédula firmada de nuestros »nombres, otra cosa mandaremos.» En el principio de la ley se establece el fundamento de esta disposicion de la manera siguiente: «Porque los pleytos »se pueden mejor examinar, y de ellos »conocer en las nuestras chancillerías »que no en el nuestro Consejo, porque »los del nuestro Consejo que con Nos »andan, no estan así de reposo, y han »de entender en otras muchas cosas »cumplideras al nuestro servicio, y á »la buena gobernacion de nuestros »Reynos.»

21 Sin embargo de lo dispuesto en esta ley se admitieron en el Consejo los casos de corte introducidos por las personas que moraban en ella, y no dudó este supremo tribunal de sus facultades para recibir y determinar los pleitos, que por este medio privilegiado viniesen á él en primera instancia.

22 Teníase presente que la citada *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 9. y 1. antes citadas) fué promulgada por los señores Reyes Católicos en las ordenanzas de Medina año de 1489; y que la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 3. lib. 11. de la Nov. Recop.) se estableció por los mismos señores Reyes Católicos en las ordenanzas de Madrid á 4 de Diciembre de 1502, resultando ser esta ley posterior mas de trece años; y suponiéndose en ella que el actor puede venir al Consejo ó á cualquiera de las audiencias á mover pleito, y poner su caso de corte, ya lo haga por su propia persona ó ya por medio de su procurador (pues de este caso tambien trata la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.*), se consideró autorizado y reintegrado el Consejo en la facultad de oir por caso de corte los pleitos, que viniesen á él en primera instancia; y que la citada *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2. (Leyes 9. y 1. citadas), que es anterior, quedaba derogada por un principio comun que no exige para este fin que las leyes nuevas, siendo contrarias á las antiguas, hagan memoria de éstas, por tenerlas el príncipe presentes, y entenderse que quiso alterarlas por un hecho que explica mas su voluntad que las mismas palabras, cuando no es compatible con el anterior.

23 La causa, en que se fundó la disposicion de la citada *ley* 11., fué que los del Consejo, como que siempre andaban con el rey, no podian tener reposo, de donde se deducia que los pleitos, que por caso de corte se introducian en primera instancia, se podian examinar mejor, y conocer de ellos en las chancillerías, pues se habian de ver ordinariamente por via de proceso ordinario formado entre partes; pero ésta ha cesado tambien desde que se fijó el Consejo en la corte con el rey; y por el principio comun de que cesando la causa cesa el efecto, queda sin él lo dispuesto en la enunciada *ley* 11.

24 Los recursos de casos de corte son los que mas inmediatamente tocan al rey, y se deben determinar por su persona, ó por los que juzgan cuotidianamente en la corte con su inmediata representacion; y estos son los ministros del Consejo Real.

25 Las dos proposiciones antecedentes se demuestran por el literal contesto de las mismas leyes reales, señaladamente por la 19. *titul.* 23. *Part.* 3.: por la 1. *y* 2. *tit.* 2.: por las 22. *y* 59. *tit.* 4.: 40. y 81. *tit.* 5. *lib.* 2.; y por la 8. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* (Leyes 1. tit. 6. y 2. tit. 9. libros 3. y 4.: ley 1. tit. 5. lib. 4. y 1. tit. 4. lib. 2.: leyes 9. y 10. tit. 2. lib. 2. y 9. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.); pues en todas las leyes referidas se halla distinguida la autoridad y prerogativa del Consejo para conocer de las causas mas árduas y graves, cuando entendiese que esto conviene al mejor servicio de S. M.; y cuando algunas se mandan remitir á las chancillerías ó

audiencias para su mas breve expedicion, como sucede muchas veces, segun y en los casos que refieren las leyes reales, no se presume que el Consejo queda inhibido de conocer de los mismos pleitos, cuando atendidas las circunstancias de las personas y del tiempo faltan las causas en que se motivaron las enunciadas leyes, y pueden determinarse los negocios en este tribunal con mayor expedicion y seguridad, y á menos costa de los litigantes.

26 Como no estan limitados los casos de corte á los que se han referido, lo dispuesto en estos tendrá lugar, y se observará en los demas que empiecen por primera instancia en el Consejo, chancillerías y audiencias.

27 Los autores, que han tratado de intento de la segunda suplicacion, se afanan por descubrir la causa de que se haya limitado á los pleitos que empiecen en los referidos tribunales superiores, y no hallan otro motivo de esta disposicion que el de precaver se incurra en que se provoque tercera vez, contraviniendo á lo que en este punto se dispone y prohibe por las leyes: *Ne liceat tertio provocare.* Así lo explican Avendaño *en su tratado de Secunda supplicatione n.* 11. *vers. Et ex mente*, y en el *vers. Ratio autem;* y Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *número* 5.

28 Esta exposicion me parece sin embargo bastante arbitraria, porque ni hay ley en que la funden, ni los pleitos que se empiezan en los tribunales inferiores llevan la condicion de caer en el inconveniente de provocar tercera vez de las sentencias, pues rara vez son conformes las tres primeras; y así en el caso de la prohibicion y en los demas faltaría la razon indicada, y debería correr el auxilio de la segunda suplicacion, supuesto que los enunciados pleitos se acaban necesariamente con la sentencia de revista, aunque sea contraria á las dos anteriores. Por estas consideraciones me parece que deben buscarse otras que comprendan la razon general en que pudo fundarse el legislador, y ninguna hallo mas inmediata á su intencion que la naturaleza de la gracia y remedio de la segunda suplicacion, que siendo en su orígen tan extraordinario, quiso restringirle en este punto á las causas que empezasen en el Consejo, chancillerías y audiencias, concurriendo con esta circunstancia la de que los pleitos en que es dada sentencia de revista, «sean »muy grandes, ó de cosa muy árdua,» como se explica en la citada *ley* 1. *título* 20. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.)

29 Esta indefinida y general expresion de que los tales pleitos fuesen muy grandes ó de cosa árdua, dejaba en confusion á los jueces que debian admitir la segunda suplicacion, y se veian muchas veces en contradiccion para determinar la cantidad suficiente á recibir el grado de segunda suplicacion; y para remover estos inconvenientes, que procedian del arbitrio de los jueces, y se habian experimentado en el largo tiempo de ciento y doce años, que corrieron desde el establecimiento de la citada ley de Segovia publicada por el señor rey don Juan el I. año de 1390, declararon los señores Reyes Católicos en el de 1502, por la *ley 7. del propio. título* 20. *libro* 4. (Ley 4. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Rec.), que la cantidad y estimacion del pleito debia ser como las mil y quinientas doblas de cabeza de que habla la dicha *ley* 1.

30 Si el fin de reducir la suplicacion á las causas del valor y cantidad referida no pudo ser otro que no hacer comun este recurso extraordinario, el mismo objeto debe considerarse en la primera restriccion de los pleitos que empezasen de nuevo en el Consejo, chancillerías y audiencias, sin descender á la causa particular que indican los referidos autores: *Ne liceat tertio provocare.* Tan constante ha sido el ánimo de todos los legisladores en estrechar los límites de este recurso que extendieron las mil y quinientas doblas de valor de los pleitos, de que habla la citada *ley* 7., al número de tres mil para que tuviese lugar en los pleitos sobre posesion, como se declaró en la *ley* 8., y se amplió en la 9. á las mismas tres mil doblas para las causas de propiedad, y

á seis mil para las de posesion; y aun en las de esta última clase no se comprenden los pleitos de tenuta sobre bienes de mayorazgo, de que trata la ley de Toro, que es la 8. *tit.* 7. *libro* 5. (Ley 1. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Rec.), sin embargo de que las sentencias que se dan en estos juicios de tenuta no limitan su efecto á la tenencia de los bienes, segun disponia la *ley* 9. *del propio tit.* 5. (Ley 2. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Recop.), sino que se amplía á la posesion, remitiéndose solamente en cuanto á la propiedad á las chancillerías y audiencias, como se dispone en la *ley* 10. *del propio tit. y lib.* (Ley 3. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Recop.), concluyéndose en ella, «que sobre lo así »sentenciado no aya ni pueda aver otro »pleyto, y juicio de posesion.» [51].

31 Esta última cláusula daba motivo á dudar si en la exclusion que enuncia comprendia tambien la segunda suplicacion; y para remover toda disputa se declaró expresamente en la *ley* 14. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 16. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) que en las sentencias, que dieren los del Consejo en los pleitos y negocios sobre la posesion de los bienes de mayorazgo, no haya, ni pueda haber lugar la segunda suplicacion, aunque las sentencias de vista y revista que dieren no sean conformes.

32 En la *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. (Ley 6. tit. 24. lib. 11. de la Nov. Recop.) se ordenan y mandan guardar dos cosas muy singulares: la primera es que los pleitos sobre la tenuta y posesion de los bienes de mayorazgo se acaben con la sola sentencia de vista, y que no haya, ni pueda haber suplicacion ni otro remedio, ni recurso alguno, y que se remita el pleito luego con la dicha sentencia en propiedad á las audiencias, adonde las partes sigan su justicia. ¿Qué razon podrá descubrirse en estas disposiciones sino la general que se ha indicado de reducir la segunda suplicacion al menor número de pleitos que sea posible para evitar la dilacion y el daño que de ella resulta á la causa pública y á las partes que empeñan todos sus oficios en las causas de mayor gravedad?

33 Con el mismo respecto se ordenaron las demas precauciones que disponen las leyes acerca de la segunda suplicacion en su principio, en su progreso, y en que se dé la sentencia por el mismo proceso, sin admitir nuevas alegaciones ni escrituras, excluyendo al mismo tiempo la restitucion *in integrum*, y cualquiera otro remedio, de que trata la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 7. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.)

34 Reuniendo todo lo que disponen las leyes acerca de la segunda suplicacion, observo algunas cosas muy singulares, que no pueden deducirse de las mismas leyes, y estan declaradas por la práctica del Consejo y por otras reales resoluciones posteriores.

35 La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) ordena y manda que la parte que se sintiere agraviada de la segunda sentencia dada en revista, pueda suplicar para ante la Real persona dentro de veinte dias [52]. Este término de los veinte dias empieza á correr y contarse desde la notificacion de la segunda sentencia; y en esto van conformes los autores por el principio general que se ha indicado y fundado en cuanto á las apelaciones y súplicas; pero discordaron en cuanto si bastaba que se notificase al procurador de la causa, ó si era necesario hacerla saber á la misma parte que litigaba, cuando esta no hubiese otorgado poder especial á su procurador con expresion de la causa y de la sentencia. De esto trató Maldonado, *tit.* 5. *q.* 1. *y* 2., fundando con graves autoridades su opinion, reducida á que no empezaban á correr los veinte dias, aunque no se hiciese saber la sentencia al procurador, sino se daba noticia de todo, su contesto á la parte principal, y esta fué la que admitió y observó el Consejo en todos los casos que ocurrieron, habiendo yo presenciado algunos.

36 Considerando el Consejo con toda la reflexion que acostumbra los graves inconvenientes que resultaban de esta práctica, y que habia manifestado la experiencia, trató de removerlos excitado del celo del beneficio público, y en cumplimiento de la real

órden que en 13 de Enero de 1769 le comunicó el señor Don Manuel de Roda, secretario de Estado y del Despacho universal de Gracia y Justicia, consultó el Consejo pleno á S. M. lo que estimó conveniente; y conformándose el rey con su parecer, estableció y mandó por punto general que el término de los veinte dias que la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. título 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) señala para suplicar segunda vez, ha de correr desde el dia de la notificacion hecha al procurador, tenga ó no poder especial de la parte para introducir el recurso; y de esta real resolucion se formó la *ley* 16. *del propio título* 20. *lib.* 4. (Ley 3. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.)

37 En la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* se manda que los jueces vean y determinen las causas en que hay segunda suplicacion «de los mismos autos del »proceso, sin rescibir escrito, ni peti»cion, y sin dar lugar á otras nuevas »alegaciones, ni probanzas, ni escri»turas, ni dilaciones, ni pedimentos, »por via de restitucion, ni en otra ma»nera alguna.» [53].

38 De esta ley resultó otra nueva controversia entre los autores; pues unos con arreglo á la letra de la ley no admitian instrumento alguno, aunque jurase y probase la parte que habia llegado nuevamente á su noticia; y otros internándose en el espíritu de ella opinaban que en tales circunstancias debian admitirse los instrumentos, si en ellos se manifestaba el derecho y justicia de la parte. De esta opinion fué Maldonado por los fundamentos y casos prácticos que refiere en el *tit.* 6. *q.* 5.; y con efecto he visto muchas veces admitir los enunciados instrumentos en el Consejo, precediendo un conocimiento y juicio instructivo de las dos calidades indicadas; esto es, que llegasen nuevamente á noticia de la parte, y no pudiera haberla tenido antes sin embargo de sus exactas diligencias, y que en los mismos instrumentos se descubriese el buen derecho y justicia de la que los presenta.

39 La repetida observancia del Consejo ha explicado este artículo, y removido toda disputa acerca de admitir los nuevos instrumentos; pero siempre la hay muy empeñada entre las partes sobre la existencia y prueba de las dos calidades indicadas. Y como he visto muchas veces que se detienen algunos ministros del Consejo en admitir instrumentos, aun para examinar sus calidades y circunstancias, cuando se presentan derechamente en este tribunal, toman las partes el medio de presentarlos á S. M., suplicando reverentemente se sirva mandarlos remitir al Consejo para que teniéndolos presentes como parte de los autos, los determinen en justicia. Y S. M. los manda pasar para que el Consejo haga de ellos el uso que tenga por conveniente; y entonces procede á examinar sus circunstancias, y á declarar si ha lugar ó no su admision.

40 Tambien he visto en otros casos presentarse instrumentos en los pleitos de segunda suplicacion que pedian en el Consejo, y haberlos remitido á las chancillerías y audiencias, en donde se habian dado las sentencias de vista y revista, para que oyendo á las partes instructivamente sobre la calidad de los mismos instrumentos, remitiesen despues el expediente original al Consejo para hacer de ellos el uso conveniente.

41 Esta práctica lleva dos fines: uno no embarazarse tanto el Consejo con estos incidentes que las mas veces causan grandes dilaciones; y otro facilitar su defensa á las demas partes que litigan, considerando que podrán hacerla mejor y sin tanto gasto en las chancillerías ó audiencias; y esto sucede mas propiamente cuando se redarguyen de falsos los instrumentos presentados en el Consejo, ó se ofrecen presentar otros que destruyan ó debiliten la fuerza de los primeros.

42 La citada *ley* 2. dispone que en las causas de la suplicacion de las mil y quinientas doblas, así en posesion como en propiedad, se suplique para ante S. M., como lo dispone la *ley de Segovia, que es la* 1. *del prop. tit. y lib.*; pero como en ésta se señalen únicamente veinte dias para interponer la súplica, y no se hable del término que

debe tener la parte que suplica para presentarse ante S. M., se aprovechaban los litigantes de esta omision de las leyes, dilatando el curso y determinacion de estas causas, que son las mas importantes y recomendadas en su brevedad; y para ocurrir á estos daños se declaró en la *ley* 4. *siguiente* que la parte que suplicare ser obligada á presentarse en el dicho grado ante la real persona dentro de cuarenta dias, los cuales corran y se cuenten desde el dia que suplicó sopena de desercion. Esta ley, que por ser general, comprendió todas las chancillerías y audiencias en cuanto al término de los cuarenta dias, se amplió á noventa para los grados que se interpusieren de las audiencias de Canarias y Mallorca, segun se declaró al fin de la citada *ley* 16. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 3. título 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) [54].

43 Así los cuarenta dias como los noventa no empiezan á correr desde el dia en que se suplicó, como dice la letra de la citada *ley* 4., sino desde que fuere entregado á la parte testimonio íntegro y expresivo de la sentencia de revista, de la súplica que interpuso de ella la parte, de haber dado las fianzas de las mil y quinientas doblas que previene la ley, y de haberle sido admitida en su consecuencia la súplica para ante S. M. Este es el punto y término en que se completa y perfecciona la súplica, y hasta entonces está incoada; y por esta consideracion y respecto puede muy bien salvarse la ley en lo literal, de que empiece á correr el término de los cuarenta dias desde que la parte suplicó; pues ni estaba antes en su mano presentarse al rey sin aquel documento, ni le debia correr el término señalado.

44 Esta es la explicacion que con mayor extension hace Maldonado sobre este artículo en la *q.* 1. *tit.* 6., y al mismo intento conducen las leyes y autoridades producidas en los capítulos doce de la primera parte, y primero de la segunda, tratando de los dos términos señalados para interponer la apelacion, y para mejorarla.

45 Los jueces, que deben conocer de las causas, forman una parte muy esencial de los juicios; y en los de la segunda suplicacion no estaban en su origen señalados por ley, sino que su jurisdiccion y facultad era delegada por comision particular de S. M. en cada causa de las que venian por este grado á su real persona. Así se explica la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) en tres repetidas cláusulas: la primera dice: «Si »por aquel, ó aquellos, á quien Nos »lo encomendáremos, fuere hallado que »la dicha segunda sentencia de los di»chos nuestros Oidores fué bien, y »derechamente dada:» la segunda: «Y »si hallaren la dicha sentencia ser bien, »y justamente dada, y fuere confirma»da por aquel, ó aquellos, á quien »Nos lo encomendáremos;» y la tercera al fin de la misma ley: «Fasta que sea »dada la tercera sentencia confirmato»ria por aquel, ó aquellos á quien Nos »lo encomendáremos.»

46 El epígrafe de la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* (Ley 7. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) sigue el mismo estilo en sus expresiones, pues dice: «Que la »segunda suplicacion se haga ante la »persona real, y por las personas, á »quien fuere cometida la causa, se de»termine por el proceso.»

47 Lo mismo se dispone en la letra de la citada *ley* 2., repitiendo dos veces la comision que da S. M. á los jueces, que han de conocer de las causas de segunda suplicacion: en la primera dice: «Que las causas, que en es»te grado de suplicacion con la fianza »de las mil y quinientas doblas, fueren »por Nos cometidas;» y en la segunda: «Que los Jueces, á quien las cometié»remos, las vean, y determinen de los »mismos autos del proceso.» Del mismo modo se explica la *ley* 3. *siguiente.*

48 El número de estos jueces comisionados, para ver y determinar las causas de segunda suplicacion, era reducido al de cinco, como se explica la citada *ley* 2. en la cláusula final que dice: «Y mandamos que, porque los »dichos pleytos se puedan ver mas bre»vemente, que, quando á los del nues»tro Consejo se cometieren, cinco de»llos puedan ver, y determinar cada »una de las dichas causas.» [55].

49 La copulativa de que usa esta ley, de que los cinco jueces puedan ver y determinar cada una de las dichas causas, dió fundado motivo para dudar si vistas por los cinco, faltando alguno de ellos antes de la sentencia, podrian los cuatro determinarla; y para quitar esta duda se declaró en la *ley* 12. *del prop. tit* 20. *lib.* 4.: «Que »en los pleytos vistos en el dicho gra»do de segunda suplicacion, y en los »que se vieren de aquí adelante, que, »aunque muera alguno de los del nues»tro Consejo, que lo ovieren visto, »quedando quatro, que lo hayan vis»to, lo determinen sin embargo de lo »contenido en la ley segunda de este »título.»

50 Ya se conciba como declaracion ó como revocacion de lo dispuesto en dicha *ley* 2., quedó establecido el número preciso de cinco jueces para ver las causas de segunda suplicacion, y el de cuatro para determinarlas. Las dos partes de la regla antecedente se confirman por el *auto acordado* 2. *tit.* 20. *lib.* 4., en el cual se dice: «Quando se »comienza á ver algun pleyto de Mil y »quinientas por cinco del Consejo, si »falta alguno de los Jueces por muerte, »ó promocion, en tal caso se nombre »otro para que se acabe de ver por »cinco Jueces.»

51 El *auto acordado* 1. *del propio tit. y lib.* habla del caso, en que vistos los autos por los cinco jueces, fuere dado alguno de ellos por excusado, y dispone: «Que los quatro que que»daren, puedan determinarlos;» de manera que lo dispuesto en la citada *ley* 12. *del prop. tit. y lib.* para el caso de la muerte de alguno de los cinco jueces, despues de haber visto toda la causa, se entendiese para cuando fuese alguno excusado, y despues de haber visto el pleito; y en la *ley* 62. *cap.* 19. *tit.* 4. *lib.* 2. se repite: «Que »quando se ayan de ver los dichos ne»gocios de Mil y quinientas no ha de »ser con menos que cinco Jueces, como »está ordenado.»

52 Esta legislacion antigua que se ha referido, y consta por las fechas de las leyes y autos acordados que van citados, recibió notable variacion por las reales resoluciones posteriores que se expresarán. En el *auto acordado* 108. *titulo* 4. *libro* 2. *de* 8 *de Enero de* 1745. (Ley 21. tit. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.) se mandó entre otras cosas: «Que los pleytos de Tenuta, se»gunda suplicacion y reversion á la »Corona, se vean con los trece señores »Ministros de las tres Salas de Justi»cia, ó los que de ellos pudieren ser »Jueces, como se ha practicado, y está »prevenido en el *cap.* 22. *de la ley* 62. »*de este tit.* en la Vista de los pleytos »de Tenuta, que se ven con las referi»das tres Salas; pero en difinitiva, ó »Artículos que tengan fuerza de ella, »no se han de ver por ménos que »nueve.»

53 Aunque en el citado *cap.* 22. *de la ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2. se dice que los pleitos de tenuta se vean por todos los once ministros de las tres salas de justicia; y en el *auto* 108. que así estos como los de segunda suplicacion y reversion á la corona se vean por los trece de las mismas tres salas; esta diferencia procede de que componiéndose antes cada sala de tres ministros, y la de mil y quinientas de cinco segun la antigua planta del Consejo, de que habla la citada *ley* 62. señaladamente *en el cap.* 19., siendo entonces diez y seis los ministros del Consejo, se aumentó este número al de veinte por el *aut. acord.* 50. *tit.* 4. *lib.* 2. y al de veinte y dos por lo dispuesto en el *aut.* 71. *del prop. tit. y lib.*, de los cuales destinaron cuatro á la sala de justicia, otros cuatro á la de provincia, y cinco á la de mil y quinientas, componiendo los trece, de que hace mérito el citado *aut. de* 8. *de Enero de* 1745.

54 De las enunciadas nuevas disposiciones se viene á sacar por conclusion que los pleitos de segunda suplicacion se han considerado en todos tiempos de mayor gravedad, encargando su conocimiento y determinacion á la sala de mil y quinientas; y con este objeto ha sido su dotacion de cinco ministros, cuando las otras salas de justicia se componian de tres, y de cuatro despues del aumento. Y para la mayor seguridad y acierto en la vista y determinacion de estos pleitos, se

acordó concurriesen las tres salas de justicia, y que el número de los ministros que hubiesen de asistir á la vista para difinitiva y artículos, que tengan fuerza de ella, no sea menos que el de nueve.

55 Por real decreto de 12 de Julio de 1747, se sirvió S. M. decir: «Que »atendiendo á evitar el perjuicio, que »resultaba de la dilacion en determinar »algunos pleytos, que estaban vistos »en el Consejo, y no se habian po»dido votar por indisposicion, enfer»medad ú otro accidente de alguno de »los Ministros, que concurrieron á su »vista, y no poderlo hacer por escrito, »habia resuelto que el Consejo en es»tos casos observase lo prevenido en »las leyes del Reyno, y lo ordenado por »el Señor D. Felipe V, en Real Cédu»la de 25 de Abril de 1736, en que »estableció lo que en iguales casos »debia ejecutarse en las Chancille»rías;» lo cual mandó se practicase en el Consejo.

56 La real cédula, que se cita de 25 de Abril de 1736, es la que forma el *auto* 14. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 50. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.), y lo ordenado para las chancillerías en iguales casos se contiene en los *autos* 8. *y* 9. *del propio tit. y lib.* (Leyes 48. y 49. título 1. libro 5. de la Novísima Recop).

57 Con motivo del citado real decreto de 12 de Julio de 1747, y de las referencias que hacia á otros anteriores, se ofreció al Consejo una duda que consultó con S. M. en 12 de Agosto del propio año; y consistia en que diciéndose generalmente en los referidos autos acordados que aunque faltasen algunos ministros por muerte, indisposicion ó ausencia, que no pudiesen votar por escrito los pleitos que habian visto, pudieran hacerlo los que quedaban, siendo en número suficiente; como no se declaraba qual seria suficiente para determinar los pleitos de segunda suplicacion, fué de dictámen el Consejo que podrian determinarlos cinco de los ministros, aunque se hubiese visto con los nueve. S. M. se sirvió conformarse con el parecer del Consejo; y publicada en el mismo esta real resolucion en 6 de Setiembre del propio año de 1747, se acordó su cumplimiento. Por esta última disposicion quedó establecido por regla general que los pleitos de segunda suplicacion se hayan de ver precisamente con nueve ministros á lo menos de los trece que componen las tres salas, en las sentencias difinitivas, ó artículos que tengan fuerza de ellas, y que para votarlos sean suficientes cinco de dichos ministros.

58 Esto es lo que completa la legislacion de los pleitos de segunda suplicacion, que vienen á S. M. por la via y método ordinario que establecen las mismas leyes reales; pero como ocurren freeuentemente algunos casos en que las chancillerías, y audiencias, que han dado sentencia de revista, estiman no haber lugar al grado de segunda suplicacion, que interpone la parte, y la deniegan en su consecuencia el testimonio que solicita para presentarse á S. M., ya sea con pretexto de que la cantidad no llega á la señalada por las mismas leyes reales, ó por no haber usado de este remedio en tiempo y forma ó por cualquier otro motivo; se excitaron en estos casos graves dudas sobre el medio que debia tomarse para remover estos impedimentos, y llevar á efecto la segunda suplicacion.

59 De esto se trató seriamente en el Consejo con motivo del recurso, que hizo á él la marquesa de Escalonias doña María Josefa de los Rios, quejándose de no haberla admitido la chancillería de Granada la segunda suplicacion de la sentencia de revista, dada en los autos que seguia con D. Antonio Alejandro de los Rios sobre consignacion de alimentos y otras cosas. El Consejo mandó pasar este expediente al señor fiscal, quien en respuesta de 12 de Noviembre de 1747 dijo: «Que el auto proveido por la chancille»ría, denegando el recurso de segunda »suplicacion, era apelable al Consejo, »y que se podian mandar remitir á él »los autos para la confirmacion ó revo»cacion de este artículo prejudicial.» Así se mandó en sala primera de gobierno; y venidos, y oidas las partes,

mereció este expediente tanta atencion que se trató de él en Consejo pleno, y se resolvió que pasasen dichos autos á sala de mil quinientas, donde se entregasen á las partes para que sustanciasen el artículo prejudicial que propuso el señor fiscal, y no para otro fin. Así se ejecutó; y por auto de 21 de abril de 1747, dado por las tres salas, se confirmó en todo el de la chancillería, de que se habia apelado.

60 Tambien vinieron al Consejo con igual motivo otros autos de la audiencia de Aragon entre don Eugenio Martin Navarro, y don Juan Navarro, su hermano; y en su vista, y de lo que expusieron las partes, por las mismas tres salas se revocó el auto de la audiencia, y se declaró haber lugar á la segunda suplicacion, mandando dar á la parte el testimonio correspondiente, con el cual acudió á S. M; y expedida la real cédula acostumbrada se vió el pleito en lo principal por las mismas tres salas, y se confirmaron las sentencias dadas por la audiencia.

61 Estos ejemplares, y los que en iguales casos se han referido, forman por sí solos una autoridad, que asegura la decision mas justificada en los casos de igual naturaleza y calidad que se ofrezcan; pues supone que se han motivado sobre razones sólidas, comprendidas en las leyes, ó deducidas de su espíritu, sin necesidad de indagarlas. Así lo entendió y explicó Castillo, con otros que refiere, en el *lib.* 5. *de sus Controversias cap.* 89. *num.* 98. Habíase tratado de la regla, que establecen los legisladores, de que no se juzgue por ejemplares, como se insinúa en la *ley* 13. *Cod. de Sententiis, et interlocutionibus omnium judicum*, y en la *Autentica de Judicibus, collat.* 6. *capítulo* 13; y por limitacion de ella pone las decisiones y sentencias del Consejo y tribunales superiores, ibi: *Id tamen non procedit in sententiis supremi Consilii, et tribunalium superiorum, quæ semper venerandæ sunt, et reverenter imitandæ in decissione causarum similium*; comprobando esta limitacion con el *cap.* 19. *ext. de Sententia, et re judicata*, y con la *ley única ff. de Officio Præfecti Prætorio*, ibi: *Credidit enim princeps eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et dignitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia, ac jure dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus.*

62 Si se quiere demostrar por otros medios la justicia de la enunciada resolucion del Consejo, se hará á poca reflexion con las luces que prestan la insinuada respuesta del señor fiscal, en la cual expone como causa principal de su dictámen que el incidente ó artículo, de que se trata, es perjudicial al recurso de segunda suplicacion.

63 Este es un presupuesto de hecho notorio; pues sin admitir la segunda suplicacion, y dar á la parte el testimonio correspondiente, no puede presentarse ante S. M., ni tratarse en el Consejo de la causa principal por medio de la segunda suplicacion; y siendo constante que los autos preparatorios forman una misma causa con la principal, y que el juez de ésta lo debe ser tambien de aquella para remover cualquier embarazo de su jurisdiccion y conocimiento, segun comprueban Menochio *de Præsumptionibus lib.* 6. *præsumpt.* 6.: Salgado *de Retent. p.* 1. *cap.* 10. *n.* 84.: Carleval *de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *quæst.* 4. *n.* 204, y el señor Covarrubias *lib.* 1. *Var. cap.* 4. *n.* 7. *y* 8., fundados en la *ley* 13. *Cod. de Rei vindicatione*, sale por consecuencia necesaria el conocimiento que corresponde al Consejo sobre el auto de las chancillerías ó audiencias, en que no admiten la segunda suplicacion, ni dan á la parte que la interpone el testimonio competente. De otro modo vendria á ponerse en arbitrio de las chancillerías y audiencias impedir la segunda suplicacion, y defraudar al Rey y al Consejo de la autoridad y conocimiento en las causas que por sus calidades puedan recibirla y admitirla, quedando consentido el agravio que hiciesen aquellos tribunales en la denegacion de dicho recurso.

64 La *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) confirma todas las proposiciones antece-

dentes: en su primera parte señala el término para presentarse con el testimonio de la apelacion al tribunal superior correspondiente; y en la segunda dice: «Y esos mismos plazos aya el »apelante para se querellar del juez, si»no le quisiere otorgar el alzada; y si »en este tiempo no la quisiere seguir, ó »no se querellare, como dicho es, fin»que firme el juicio.»

65 Las sentencias de revista en las causas que estan asistidas de las circunstancias, que requieren las leyes para la segunda suplicacion, no acaban el juicio, ni causan ejecutoria; pues está pendiente su confirmacion ó revocacion del Consejo, que ha de examinar su justicia, y declararla por su sentencia; y procede en los casos de segunda suplicacion todo lo dispuesto para las apelaciones por la citada *ley* 2.: porque tienen un mismo efecto sin otra variacion que la accidental del nombre, por el mayor respeto que se debe á las chancillerías y audiencias.

66 La real cédula, que se acostumbra expedir para conocer de los pleitos de segunda suplicacion, habla derechamente con el gobernador y ministros del Consejo: refiere los hechos y diligencias practicadas hasta la presentacion de la parte ante S. M., con la súplica de que se sirva mandar nombrar jueces, que vean el pleito en grado de segunda suplicacion; y el decreto de S. M. dice así: «Y confiado en vosotros que »hareis justicia á las partes, mi volun»tad es de encomendaros y cometeros »este negocio, como por la presente os »lo encomiendo y cometo, y os mando »veais el proceso de dicho pleito en »grado de segunda suplicacion; y al te»nor y forma de la referida ley de Se»govia, y declaracion de ella, lo li»breis y determineis como en justicia »debais. Para lo que os doy poder cum»plido en forma, con todas sus inci»dencias y dependencias, anexîdades y »conexîdades;» manifestándose por el tenor de esta real cédula que se conserva la delegacion y comision para conocer de los pleitos de segunda suplicacion en la misma forma, que se estableció desde su orígen en las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 20. *lib.* 4., sin variacion alguna.

## CAPÍTULO V.

### *Del discurso de injusticia notoria.* [56.]

1 Los *autos acordados* 6. 7. *y* 10. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 4., 5. y 12. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) explican con bastante claridad todas las partes de este recurso en su principio, progreso y fin; y aunque el Consejo con su constante práctica ha ilustrado las enunciadas disposiciones, no han alcanzado á contener algunas dudas que excitan las partes por interes propio, y apoyan los autores por la natural disension en sus opiniones.

2 Los principales dictámenes, que he visto proponer y disputar en el Consejo, así por via de defensa de las partes como en la decision de los pleitos, que por este medio vienen á él, se reducen á dos, de los cuales trataré con toda la reflexion que conviene.

3 Los que introducen estos recursos intentan fundar que son de «simple »injusticia,» y no cualificados de «injus»ticia notoria,» en la letra de los mismos *autos acordados*. El epígrafe del *aut.* 6. indica con cláusula indefinida ó general los recursos de los pleitos seguidos en las chancillerías y audiencias, que deben admitirse en sala de gobierno del Consejo, y no les da el nombre de «injusticia notoria,» ni aun hace la menor enunciativa de esta exorbitante calidad.

4 En la primera parte dispositiva del citado auto se declara que no puede ir á sala de gobierno recurso alguno de pleitos pendientes en las chancillerías, cuya última determinacion por leyes de estos reinos toque privativamente á la sala de mil y quinientas; y continúa estableciendo por regla general que de los demas pleitos seguidos en las mismas chancillerías y audiencias se pueda recurrir á la sala de gobierno, sin imponer, ni referir por fundamento de estos recursos la calidad de «in»justicia notoria» en las sentencias de las chancillerías y audiencias. Cuando el enunciado auto trata del mérito, á que deben tener consideracion los señores del Consejo para hacer exigir la pena de los cincuenta mil maravidís,

que como preliminar se prescribe en él, y las demas que deja al arbitrio de los mismos señores jueces, hace segunda vez memoria del remedio de dicho recurso con el mismo estilo y expresion sencilla y general; y añade que caerán las partes en la enunciada pena, si no verificasen las causas y motivos que justifiquen el recurso. No expresa el auto referido cuales deban ser estas causas, ni que la justificacion sea relativa á la injusticia notoria de las sentencias de las chancillerías y audiencias; y habiendo estado el legislador tan diligente y expresivo en distinguir y distribuir los pleitos, cuyos recursos debian admitirse en sala de mil y quinientas, y los que correspondian á la de gobierno, y en señalar el depósito ó fianza que debia preceder para estos, y que incurrian en la pena, si no verificasen las causas y motivos que justificasen el recurso; no es de presumir omitiese la calidad de «injusticia notoria,» si la estimase necesaria como causa y motivo para justificar el recurso, y no caer en la pena de los cincuenta mil maravedis, y en las arbitrarias que indica.

5 El espíritu de esta disposicion se descubre con mayor claridad en todas sus partes por la consulta, que precedió al citado auto de 17 de febrero de 1700, que se halla en el archivo del Consejo, y he reconocido con la mayor atencion. Formó dicha consulta el Consejo en 8 del propio mes de Febrero, y en ella dice que experimentando el abuso repetido de los litigantes de las chancillerías y audiencias, «valiéndose del recurso á él sin causa legítima que lo pueda justificar, convirtiendo este saludable y piadoso remedio de la regalía de S. M. en perjuicio grave de la causa pública y de los litigantes, parecia al Consejo ser de su precisa obligacion hacer esta representacion á S. M. para que se evitase el daño, y lograse el remedio. A este fin fué de parecer el Consejo que S. M. se sirviese mandar no se admitiesen en la sala de gobierno recursos de los pleitos, cuya determinacion por las leyes del reino pertenece privativamente en segunda suplicacion á la sala de mil y quinientas; y que en los demas pleitos no se admita el recurso sin preceder el depósito de los cincuenta mil maravedis por la parte que intentare, conviniendo en lo demas con lo que se expresa en el citado auto. S. M. se conformó con el parecer del Consejo, y fué publicada esta real resolucion en 17 del propio mes de Febrero.

6 De ella se percibe con evidencia que este recurso no tomó principio en la disposicion del auto acordado, pues ya venia de antiguo: que era general, y se usaba de él en todos los pleitos que se determinaban por sentencia de revista en las chancillerías y audiencias: que no se admitia con la calidad y presupuesto de probar la injusticia notoria de las sentencias, ni imponer multas, ni otras condenaciones á los que faltasen á este requisito. Y como la intencion del Consejo no fué hacer novedad en el mérito y justicia del recurso, como se manifiesta en su propia consulta, quedó en cuanto á este fin del mismo modo que se usaba antes.

7 El *auto* 7. refiere la disposicion del anterior de 17 de Febrero de 1700 acerca de los recursos de la determinacion de las chancillerías y audiencias «en »todo género de negocios;» de manera que lo que se explicó en el citado *auto* 6. con palabras indefinidas y generales acerca de los pleitos, cuyos recursos debian venir á sala de gobierno, se adicionó con la cláusula universal, «en todo »género de negocios,» manifestando que esto mismo se hallaba contenido en el auto anterior: porque su fin no fué innovar en la calidad de los negocios ni en la de los recursos; reduciéndose el intento de esta nueva disposicion á poner mayores penas positivas á los que los introducian por malicia y fines particulares, que son las voces de que usó el Consejo en su consulta de 24 de Abril de 1703, con que pasó á la real mano el auto que habia formado, para que mereciendo su aprobacion lo mandase ejecutar, como le resolvió S. M.

8 Los referidos dos autos se hallan en el título, en que principalmente se trata de la segunda suplicacion; y como las rúbricas ó prefacios dan una buena idea de lo que contienen sus

disposiciones, y prueban á lo menos por conjeturas y presunciones haber sido la voluntad del legislador en lo dispositivo, cuando no está clara y expresa, la misma que indica en la rúbrica del título ó en el prefacio del auto, segun lo entienden con uniformidad Solorz. *de Jure Ind. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 23. y en el *lib.* 4. *de su Politic. cap.* 1. *vers. Lo cual*: Salgad. *de Reg. part.* 4. *cap.* 3. *n.* 14.; y Monoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 1. *y* 2., con otros que refieren: nace de aquí otro poderoso argumento de que así el grado de segunda suplicacion como los recursos de los demas pleitos, cuyo discernimiento se hace en los mencionados autos, son y deben ser de la misma calidad, y justificarse por los medios ordinarios, trabajando con reflexion profunda en descubrir la justicia, que es el fin de los juzgadores. La segunda suplicacion así como los demas recursos, de que vamos tratando, se visten de la natural defensa de las partes; y como este fin es tan recomendable, conviene se auxilie con el noble oficio y autoridad de los jueces, supliendo por equidad lo que no se expresa en las leyes. ¿Qué razon pues podrá haber para aumentar calidades exorbitantes, que sin expresarse en las leyes impiden la justicia del recurso y su conocimiento? ¿Y cómo podria tolerarse que descubriendo los jueces á poca reflexion y trabajo el mejor derecho y justicia de la parte que recurrió al tribunal superior, no interpusiesen su autoridad para deshacer el agravio que sufrió en las sentencias de las chancillerías y audiencias, y que dejasen gozar injustamente á otros los bienes y derechos que con verdad la pertenecian?

9 El daño público, y aun el particular de los litigantes, estarian en la dilacion de los pleitos, motivada principalmente por la malicia de los que tienen interes en mantener los bienes que les dieron las sentencias de revista de las chancillerías y audiencias. A esto se ocurrió justamente con las providencias acordadas de que se vean los pleitos por los mismos autos del proceso sin nuevas alegaciones, probanzas, escrituras, ni otro remedio alguno; pero no se descubre objeto de interes público ni particular en que los jueces no vean el proceso con íntima reflexion, para buscar y hallar la verdad, y asegurarse de ella por todos los medios posibles, procediendo en este caso á declararla con recta administracion de justicia.

10 Este pensamiento se justifica y demuestra por todas las disposiciones que hablan de la segunda suplicacion, y se comprenden en el propio título en que estan las que tratan de los recursos de injusticia; pues en la segunda suplicacion se manda que se vea y determine por los mismos autos del proceso, con las demas precauciones dirigidas á evitar toda dilacion en los pleitos, gastos á las partes, y á contener y castigar la malicia de los que usan de aquel remedio sin justa causa; y precavidos todos estos inconvenientes, no se impide á los jueces que busquen la verdad por todos los medios de derecho para administrar con exactitud la justicia. Por la presuncion indicada, que nace de la identidad del título, se debe juzgar lo mismo en uno y otro caso, sin que se descubra razon alguna de diferencia en los medios que conduzcan á la sentencia, cuando no la hay en lo demas.

11 En algunos pleitos ponen límites las leyes al conocimiento y reflexion de los jueces, cuales son los posesorios sumarísimos, los plenarios y los de tenuta respecto de los de propiedad, porque en estos se pueden enmendar los agravios de los juicios precedentes; pero cuando se trata de acabar los pleitos, y de que perezca perpetuamente la justicia, esfuerzan las leyes toda su equidad para conceder los auxilios posibles, á fin de evitar un daño tan sensible á las partes como opuesto al fin de la justicia, que es dar á cada uno lo que es suyo.

12 Estas consideraciones hacen relajar muchas veces el rigor de las leyes que prohiben se admitan instrumentos despues de conclusa la causa; pues jurando la parte que los presenta haber llegado nuevamente á su noticia, y que no pudo tenerla antes sin embargo de haberla solicitado por los medios posi-

bles, se admiten las escrituras, facilitando este beneficio en los pleitos que se han de acabar con la última sentencia: Covarr. *Practic. c.* 20. *n.* 8.: Maldon. *de Secund. supplicat. tit.* 6. *q.* 5. *num.* 10. Y no quedando otro auxilio á la parte que recurre al Consejo, debe ser mas poderoso el influjo de la equidad para obligar á los jueces á que busquen y descubran la verdad, y administren con rectitud la justicia.

13 ¿Cuántas veces logra una parte la sentencia de vista favorable, y aun confirmando la del juez ordinario, y la es contraria la de revista que motiva el recurso? En este caso pues seria mayor el rigor de que no la bastase probar su justicia por el mismo proceso, y que se la obligase á calificarla de notoria.

14 El *auto* 10. *tit.* 2. *lib.* 3. (Ley. 2. tit. 7. lib. 5. de la Nov. Recop.) que es de 3 de Abril de 1711, estableció el gobierno interino en el reino de Aragon, y como parte muy principal de él mandó que hubiese una audiencia con dos salas, la una para lo civil con cuatro ministros, y la otra con cinco para lo criminal; y continúa haciendo otras declaraciones, siendo una de ellas la siguiente: «Que los recursos, y apela»ciones en tercera instancia de las cau»sas, así civiles como criminales, que se »determinaren por las referidas Salas, »se han de admitir para el Consejo de »Castilla, á donde mandaré, que de los »Ministros de él se junten en una de »sus Salas los que estuvieren mas ins»truidos en las leyes municipales de es»te Reyno, para determinar en esta »tercera instancia los referidos pley»tos.» En esta disposicion se ven unidos los recursos y apelaciones que deben ir en tercera instancia al Consejo; y bastando en estas que se descubra por cualquiera medio la justicia de la parte que apela, para que obtenga sentencia favorable, reformando la de revista de la audiencia, lo mismo debe suceder en los recursos: porque la disposicion, que mira como igual objeto dos partes, las determina con igualdad en la sustancia y en el modo: Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 15. *n.* 22. *y part.* 3. *cap.* 5. *n.* 24.; quien con otros muchos funda su opinion en la *ley* 4. *de Vulgar. et pupillar. substit.*

15 El *auto* 13. *del propio tit.* 2. *lib.* 3. (Ley. 4. tit. 7. lib. 5. de la Nov. Recop.) en la resolucion á la tercera duda confirma la proposicion antecedente; pues reforma en dos partes el citado *auto* 10.: la primera es que no haya apelaciones al Consejo de Castilla, así en lo civil como en lo criminal: la segunda que en estas causas criminales no haya recurso alguno al Consejo, reservándolo únicamente, y permitiéndolo hacer en las civiles; y en esta parte deja correr sin novedad la anterior disposicion, del mismo modo que se contiene y expresa en el citado *auto* 10.

16 Atendiendo las leyes al debido honor, respeto y decoro de los jueces, mandan que los que apelan de sus sentencias, no digan que juzgaron mal; y esto se entiende generalmente con todos, aunque sea con los ordinarios que conocen en primera instancia: *ley* 12. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi* (Ley 24. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.): «Otro»sí mandamos, que aquellos que apela»ren, no sean osados de decir al alcal»de, que juzgó mal:» *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. Para con los que componen los tribunales superiores es mas estrecho el encargo en cuanto al respecto y veneracion, con que deben mirarse sus providencias, especialmente las difinitivas. ¿Cómo pues será compatible que las partes, que introducen este recurso de las sentencias de revistas de las chancillerías y audiencias, digan no solo que juzgaron mal sus ministros, sino que lo hicieron con injusticia notoria, que es lo mismo que con iniquidad? Porque ya proceda de ignorancia, ya de poca diligencia en el exámen del proceso, ó ya de malicia, siempre será grande la injuria que se hace á dichos ministros, y mayor la osadía de imaginarla y proponerla.

17 He observado en el *auto* 7. tit. 20. *lib.* 4. (Ley 2. tit. 23. lib 11. de la Nov. Recop.) que entre las causas que excitaron el aumento de cincuenta mil maravedís señalados en el auto 6. anterior, á quinientos ducados, se expresa como una de ellas: «No siendo »ménos reparable la nota de los tribu-

»nales superiores que han determina»do los pleytos, de que se introducen »los recursos;» pero esta nota no se fija precisamente en que se traten sus sentencias de inicuas ó notoriamente injustas; pues bastaria para que concibiese nota reparable contra dichos ministros el tratar sus determinaciones de injustas, como se supone en los recursos.

18 La prueba de la proposicion antecedente se presenta con toda demostracion en la *ley* 1. *tit*. 20. *lib*. 4. (Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) que dispone lo conveniente acerca de la segunda suplicacion en los pleitos, que por su entidad y calidad puedan recibirla. El depósito ó fianza de las mil y quinientas doblas, que debe preceder, es con exceso mayor que la de los quinientos ducados, que exige para el recurso el citado *aut*. 7.; y en esto se descubre haber intentado la ley detener mas estrechamente la segunda suplicacion sin embargo de que la causa por su entidad debia facilitarla; y verificándose igual nota reparable contra los ministros que dieron la sentencia de revista, no se cae en la pena de las mil y quinientas doblas, si probase la parte por los medios comunes de derecho que la sentencia de revista no fué justa, sin necesidad de probar que no lo sea notoriamente. Esta pena y la de los quinientos ducados fueron introducidas para contener la malicia de las partes en el uso de las segundas suplicaciones y de los recursos. Así se expresa literalmente en la citada *ley* 1. *tit*. 20. *lib*. 4. (Ley. 1 tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.); pues dejando explicadas las calidades de los pleitos, en que puede tener lugar la segunda suplicacion, continúa diciendo: «Pero es nues»tra merced que, porque la malicia de »aquellos que suplican por alongar los »pleytos, no aya lugar, que la parte, »que suplicare de la dicha segunda sen»tencia dada por los dichos nuestros »Oidores, con el Perlado que fuere »Presidente, que se obligue, y dé fia»dores dentro de los dichos veinte dias »ante los dichos Oidores de pagar mil »y quinientas doblas, si por aquel ó »aquellos, á quienes Nos lo encomen»dáremos, fuere hallado que la dicha »segunda sentencia de los dichos nues»tros Oidores fué bien, y derechamen»te dada.»

19 ¿Cómo podrá tener lugar la malicia de los litigantes en querer alargar los pleitos, si prueban que la sentencia de revista no fué justa, ni derechamente dada? Para considerar introducido este remedio por malicia, y con el fin de dilatar los pleitos, es preciso que no se justifique por medio ni modo alguno la justicia de la sentencia de revista. Esto mismo se manifiesta acerca del recurso por los *autos acord*. 6. y 7. *del prop. tit*. 20. *lib*. 4. (Ley. 4 y 14. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.): en el primero se condena á la parte, que introduce el recurso, en los cincuenta mil maravedís que señala, sino verificase las causas y motivos que lo justifiquen; y si la malicia ó fraude de los litigantes fuere mas descubierta y notoria, se permite á los jueces aumentar la condenacion de los cincuenta mil maravedís: en el segundo se hace tambien mérito de los recursos menos justificados, y de ser continuos y maliciosos, introducidos por fines particulares; y los de esta calidad fueron los que se intentaron contener con la pena de los quinientos ducados; pero no aquellos que se hubiesen introducido con justicia, descubriéndose ésta por los mismos autos del proceso, de cualquiera modo que los jueces puedan asegurar su dictámen de que la sentencia de revista de la chancillería ó audiencia fué injusta por no haber declarado, y mandado entregar á la parte los derechos y bienes que pretendia, y la pertenecian.

20 Porque si se hubiera de justificar este recurso probando con notoriedad la injusticia de la sentencia de revista por notorio defecto de jurisdiccion en los jueces, por falta de poder de la parte principal, por no estar ésta citada, y por otras causas que hacen nula la sentencia, segun refieren las leyes, seria rarísimo el caso en que pudiera tener lugar dicho recurso; pues no es de esperar que en las chancillerías y audiencias se procediese con un desórden tan conocido y escandaloso. Y como es

principio de buena razon que las leyes no se establecen para casos tan raros, *ley* 3. 4. 5. *y* 6. *ff. de Legib.*; es consiguiente persuadirse que se permitió á las partes agraviadas el enunciado auxilio para redimir los perjuicios, que faltando á la justicia las habian causado los jueces de las chancillerías y audiencias en su sentencia de revista.

21 En el *auto* 10. *del propio tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 12. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) de 12 de Enero de 1740, se hallan por primera vez las palabras «injusticia notoria» aplicadas á este recurso; pero de un modo enunciativo y con referencia á las disposiciones anteriores. En la parte principal del referido *auto* 10. se ordena y dispone que se admitan por punto general los grados de segunda suplicacion de las sentencias, que causaren ejecutoria en la audiencia de Cataluña, segun estaba resuelto y declarado para las demas de la corona de Aragon.

22 En la segunda parte, que es subalterna ó incidente de la primera, se dice que en los pleitos que por sus circunstancias no pueden recibir la segunda suplicacion, quede libre y salvo á las partes el recurso de «injusticia »notoria» de dichas sentencias del Consejo, segun su auto acordado, y como se practica en todos los tribunales de estos reinos. Y no hallándose en el auto acordado, á que se refiere, expresion alguna que indique haber de ser notoria la injusticia de la sentencia de revista, es preciso que se modere y ajuste á dicho relato, mayormente cuando no se debe presumir revocacion de las leyes anteriores en todo ni en parte, no constando claramente en las posteriores la voluntad del legislador, «acordada con omes entendidos, é sabi»dores,» del modo y forma que establecen las *leyes* 9. 17. *y* 18 *tit.* 1. *Part.* 1., y la 8. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

23 Convéncese mas la inteligencia explicada, teniendo presente que las leyes deben ser manifiestas y claras en lo que disponen, sin dar ocasion á engaños por su oscuridad: *ley* 1. *tit.* 1. *lib.* 2.: *ley* 8. *tit.* 1. *Part.* 1.; y el *canon* 2. *dis.* 4. Y si se extendieran los dos *autos acordados* 6. (Ley 2. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop. y nota 5.) *y* 7. *tit.* 20. *lib.* 4., que son los que tratan de intento de este recurso, á que se hubiese de justificar y probar necesariamente la «injusticia notoria,» que no se expresa en dichos autos, no serian claros, manifiestos y cumplidos, sino muy capciosos, exponiendo no solo á los ignorantes sino tambien á los sabios á que padeciesen engaños; pues hallaban abierto el paso á este recurso en su principio, y cerrado estrechamente en su resolucion, queriendo que se probase con notoriedad la injusticia de la sentencia de revista; pero esto se acerca á lo imposible por las dificultades que inventan los hombres, las cuales bastarian las mas veces para hacer oscura en el dictámen de los jueces la injusticia que se pretendia fuese notoria: *Novel.* 44. *cap.* 1. §. 3. ibi: *Nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit* (*licet aliquid sit valdè justissimum*) *tamen suscipere quamdam solicitam dubitationem*; y el Papa Clemente V. en el prefacio á las Clementinas: *Nulla juris sanctio, quamtumcumque perpenso digesta consilio, ad humanæ naturæ varietatem, et machinationes ejus inopinabiles sufficit, nec ad decissionem lucidam suæ nodosæ ambiguitatis attingit.*

24 El referido *auto* 10. se motivó sobre instancias particulares de las partes, que litigan la sucesion de un fideicomiso; pues dada la sentencia de revista en 10 de Enero de 1739, confirmando la de vista de 27 de Marzo de 1733, una de las partes introdujo en la audiencia el grado de segunda suplicacion con la fianza de mil y quinientas doblas, en 16 del propio mes de Enero.

25 No se dudó que se habia introducido este grado dentro de los veinte dias, ni que la causa era de entidad y gravedad suficiente. Lo único que reparó la audiencia fué que en las leyes, fueros y constituciones, que se habian dado en la planta de gobierno á dicho tribunal, no estaba prevenido el caso de la segunda suplicacion, y parecia que no debia admitirlo, como así lo resolvió por su auto de 21 del propio mes de Enero, del cual mandó dar á la

parte testimonio, para que con él recurriese á S. M., de cuya real órden se trató este punto en Consejo pleno, y fué de parecer que debia admitirse el grado de segunda suplicacion de las sentencias de revista de la audiencia de Cataluña, fuesen ó no conformes. Este fué el punto que se trató de intento, y por incidencia el del recurso en los pleitos, que no tuviesen las calidades necesarias para la segunda suplicacion.

26 Por esta série, que es positiva en la referida consulta, y en la resolucion de S. M. publicada en 12 de Enero de 1740, se viene á conocer con evidencia que la intencion del Consejo fué reducida á declarar á la audiencia de Cataluña lo establecido en los demas tribunales superiores del reino, sin añadir la menor calidad ni circunstancia que no estuviese prevenida en las disposiciones anteriores.

27 A este propósito es muy oportuna la *ley* 35. *Cod. de Inofficioso testament.* ibi: *Neque enim credendum est, romanum principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam, atque inventam, velle everti*; pero si esta primera opinion queda bien fundada en las leyes y autoridades que se han referido, no son menos poderosas las que se expondrán en prueba de la opinion contraria; esto es, que la injusticia de las sentencias de revista debe ser notoria, para que se verifiquen las causas y motivos del recurso.

28 El *auto* 10. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 12. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) reserva á las partes el recurso de «injus»ticia notoria» en aquellas causas que por su calidad y circunstancias no admiten la segunda suplicacion; y debiendo estarse al natural sentido de las palabras, que son los instrumentos que explican la intencion de su autor, no dejan la menor duda en que la injusticia debe ser notoria, segun se expresa literalmente en dicho auto acordado: *ley* 5. *tit.* 33. *Part.* 7. *ibi*: «Las »palabras del facedor del testamento »deben ser entendidas llanamente, así »como ellas suenan, é non se deve el »Judgador partir del entendimiento »dellas; fueras ende quando pareciere »ciertamente, que la voluntad del tes»tador fuera otra, que non como sue»nan las palabras, que estan escritas:» *ley* 69. *ff. de Legatis, tertio*: Vela: *disertac.* 49. *n.* 52.; y continuando la citada *ley* 5. dice lo siguiente: «Por eso »ponen á los omes nombres ciertos, é »señalados, porque sean conocidos por »ello;» y la *ley* 7. §. 2. *ff. de Supellectili legata*: *Nam quorsum nomina nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis*?

29 Aunque el citado auto 10. se refiere al 6. y 7. del propio título, su disposicion es completa en cuanto denomina este recurso de «injusticia no»toria,» y debe subsistir por sí sola en toda la ampliacion de su autoridad, aunque los relatos no pareciesen en el mundo: porque el legislador es libre en lo que ordena y manda, sin depender en manera alguna de las leyes anteriores, siendo esta una limitacion muy solemne de la regla, que establece que el referente no prueba sin el relato, de la cual tratan muchos autores, señaladamente Pareja *de Instrumentorum edit. tit.* 7. *res.* 9. *desde el n.* 32.

30 El Consejo, cuando consultó el citado auto 10., y mas principalmente S. M. en su soberana resolucion, tuvieron muy á la vista los dos enunciados autos 6. y 7. en su letra y en su espíritu, y no podia menos de ser adecuada su referencia á los mismos autos 6. y 7.; y esta es otra prueba que convence su uniforme inteligencia en cuanto á que el recurso es y debe llamarse siempre de «injus»ticia notoria.»

31 Uno de los primeros principios de la legislacion es que, cuando hay una ley oscura, se entienda y declare por otra que sea clara y trate del propio asunto; y esta es otra regla que obliga á conocer la identidad de las disposiciones acerca de la «injusticia »notoria» de este recurso.

32 ¿Podrá alguno dudar de lo que el rey asegura siendo hecho propio que tiene á su vista? *ley* 1. *tit.* 7. *Partida* 3. al fin: «Pero el emplazamiento, »que el Rey, ó los Judgadores, de su »Corte, ficieren por su palabra, man»damos que sea creido sin otra prue-

»va;» *ley* 32. *tit.* 16. *Part.* 3.: «Pero si »Emperador, ó Rey, diese testimonio »sobre alguna cosa, decimos que abon»da para provar todo pleyto. Ca debe »ome asmar, que aquel que es puesto »para mantener la tierra en justicia, é »en derecho, que non diria en su tes»timonio si non verdad;» y la Clementina única *de Probationib.*

33 ¿Pues qué hecho puede ser mas propio del rey que la misma ley, que recibe todo su ser de la soberana resolucion, y llega al último grado de perfeccion en el punto que se publica de su real órden, y siempre está á la vista del mismo legislador, como lo dice oportunamente el Papa Bonifacio VIII en el *cap.* 1. *de Constitutionib. in Sex.*, deduciendo de este principio que por la ley última se deroga la anterior, cuando es incompatible su existencia, aunque no haga memoria de ella? *Licet romanus pontifex* (*qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere*) *constitutionem condendo posteriorem*, *priorem* (*quamvis de ipsa mentionem non faciat*) *revocare noscatur*.

34 El uso comun de los hombres determina en las palabras dudosas la propia significacion en que deben ser recibidos, de la cual no es lícito apartarse despues: *ley* 6. *tit.* 2. *Part.* 1.: «Que ansi como acostumbraron los »otros de la entender, ansi deve ser »entendida, é guardada,» *ley* 23. *ff. de Legib.*: *Minimè sunt mutanda*, *quæ interpretationem certam semper habuerunt*.

35 Los que introducen este recurso lo proponen siempre con las palabras expresivas de ser de injusticia notoria, y esta fórmula repetida con uniformidad en sus escritos demuestra por los principios indicados su constante inteligencia.

36 El Consejo lo admite en el propio concepto, y como que el fundamento de él es la misma injusticia notoria que motiva la parte que litiga; y con el mismo propósito procede á examinar los autos del proceso, y dar su sentencia; y este es otro medio que califica mas seguramente la inteligencia explicada: *ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1. *leg.* 34. *de Legib.* y el §. 6. *Institut. de Satisdationib.*

37 El *auto acordado* 6. no resiste en su letra ni en su espíritu que la injusticia notoria sea el preciso fundamento del recurso; pues solo dice que la parte que lo intentare sea condenada en los cincuenta mil maravedís, que se depositan ó afianzan, en caso de que el Consejo con vista de los autos reconociere haberse aquella valido del remedio del recurso, sin verificarse por él las causas y motivos que lo justifiquen. No expresa dicho auto cuáles sean estas causas y motivos, y por lo mismo admite la explicacion de que sea la injusticia notoria.

38 El recurso por solo este título, sin unirle el de injusticia notoria, comprende como único fundamento la misma injusticia notoria, sin que su explicacion ó declaracion obre efecto alguno esencial en cuanto á este requisito, si solo el extrínseco de manifestar y poner en claro lo que se contenia en el nombre ó voz de *recurso*. Prueban esta proposicion las consideraciones siguientes: primera que este es un remedio extraordinario introducido por equidad en los casos en que se prohiben los ordinarios de apelacion y suplicacion, y ha de tener necesariamente alguna particular circunstancia que lo justifique; y esta no puede ser otra que la iniquidad ó injusticia notoria y la opresion que reclama. De otro modo seria igual este recurso en el conocimiento y determinacion con los medios ordinarios de la apelacion y suplicacion, pues tambien se busca en ellos la injusticia de las sentencias que los motivan. Si la ley prohibe las apelaciones y suplicaciones, porque sean tres conformes, ó por la excelencia de los jueces que han dado las de vista y revista, y entrase el recurso con el mismo efecto en su conocimiento y decision; vendria á permitirse por este medio extraordinario lo que está prohibido por las vias comunes de apelaciones y súplicas, dilatando con la ampliacion de estos recursos el fin de los pleitos con daño de la causa pública, lo cual resisten poderosamente otras leyes.

39 Este modo de convencer y demostrar que la causa que justifica este recurso es la iniquidad ó injusticia notoria de la sentencia de revista, se deduce de las doctrinas de los autores que tratan en general de él como remedio extraordinario, señaladamente el Sr. Math. *de Regimine regni Valentiæ cap.* 12. §. 7., y el Sr. Crespi *part.* 1. *observ.* 10. *n.* 79., *y en la observ.* 60. *n.* 77. con otros muchos que refieren.

40 Este es un supuesto en que convienen las partes con mas facilidad, y lo mismo hacen los jueces. La mayor y casi insuperable dificultad á causa de no poder sujetarse á reglas positivas y ciertas en todos los casos que ocurren, ni aun en el mayor número de ellos, consiste en el concepto y graduacion de la que se llama injusticia notoria, y en los medios por donde deben caminar los jueces para acrisolarla y asegurarse de ella con un juicio constante sin ninguna duda racional y probable.

41 A mí me parece que los jueces no deben pararse en las primeras nociones que presentan los autores en su inspeccion, sino que deben internarse en su exámen y conocimiento, combinando los hechos hasta ponerlos en estado de su positiva y clara existencia; pues una vez asegurados los jueces de esta fuente y manantial del derecho, conocerán las mas veces con toda claridad el que sea aplicable á la decision del pleito, viniendo á convencerse de si la sentencia de revista fué ó no justa.

42 Esta es la razon porque mandaron las leyes que en las demandas y contestaciones pongan las partes los hechos simplemente y en encerradas razones: *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *ibi*: (Ley 1. tit. 14. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Do »tan solamente se puede poner simple»mente el hecho de que nasce el dere»cho:::: mas cada una simplemente »ponga el hecho en encerradas razo»nes:» *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *ibi*: (Ley 2. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Se»yendo hallada, y probada la verdad »del fecho por el proceso:» *ley* 52. §. 2. *ff. ad legem Aquiliam*: ibi: *Respondi in causa jus esse positum.*

43 Por esta misma razon se hace estrecho encargo á los jueces de que escudriñen, y trabajen por todos los medios posibles en asegurarse de los hechos y de la verdad que contienen, para acertar en la sentencia que corresponde dar en derecho: *ley* 22. *tit.* 4., *y* 8. *tit.* 13. *lib.* 2.: *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4.: *ley* 11. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: «Verdad es »cosa, que los Judgadores deven catar »en los pleytos, sobre todas las otras »cosas del mundo; é porende, quando »las partes contienden sobre algund »pleyto en juicio, deven los Judgado»res ser acuciosos, en puñar de saber »la verdad del, por quantas maneras »pudieren:::: E quando supieren la »verdad, deven dar su juicio, en la »manera que entendieren, que lo han »de facer segund derecho:» *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. *ibi*: «E catada, é escodriñada, »é sabida la verdad del fecho, deve ser »dado todo juicio, mayormente aquel »que dicen sentencia difinitiva:» *ley* 5. *y* 7. *del prop. tit. y Part.*: *canon* 11. *causa* 30. *q.* 5.: *cap.* 6. *ext. de Judiciis*; y *ley* 14. *Codic. eodem tit.*

44 Las leyes y disposiciones referidas hablan generalmente con todas las partes y con todos los jueces sin diferencia de instancias y juicios, y ninguno puede excusarse de cumplir el estrecho y repetido encargo, que les hacen acerca de asegurarse por los hechos del proceso de la verdad y justicia.

45 En este exámen se incluye la prueba del proceso, ya sea de instrumentos ó de testigos, ó por confesion de los que litigan, cuando aquella no está clara; y en esto entran todas las disposiciones que tratan de la manera de prueba que es plena y concluyente, y de las que se eliden, ó ponen en duda por diferentes medios; y sería un tratado muy difuso si se descendiese á referir y probar los medios y modos, por donde se justifican los hechos, cuyo discernimiento debe confiarse al justificado arbitrio de los jueces, especialmente al de los que han de determinar los recursos de injusticia notoria; pues aunque esta pueda serlo de tal modo que por las primeras nociones del proceso se perciba con

toda evidencia, como sucede en los casos de faltar poder suficiente, de no ser citada ni emplazada la parte, y en otros que mas largamente refieren los autores; rara vez ocurre que se justifique y funde el recurso en las causas indicadas, y los mas se refieren á los hechos probados, y hacen necesario su exámen para proceder á la aplicacion del derecho, ya sea expreso, ó ya se deduzca de su espíritu la decision, auxiliada de la inteligencia que la han dado por comun consentimiento los autores, y la observancia de los tribunales.

46 Yo he defendido y juzgado bastantes pleitos, que han venido al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno he hallado que la sentencia de las chancillerías y audiencias contenga una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos expresos, ni que caduque por falta de poder, citacion, ni subversion del órden público que influye en la natural defensa de las partes, y en todos ha sido necesario internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes, y cuando no las hay adaptables, recurrir á las razones que han admitido con uniformidad los autores.

47 Si hubiese alguna duda acerca de si estan probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo razonable y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entonces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo; y la sentencia, que entonces se dá en él, pone un sello perpétuo á las disputas y á los recursos del pleito, como se expresa al fin del citado *auto acordado* 7.

48 Si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, podrá justificarse el recurso en unos y no en otros, y será la sentencia del Consejo correspondiente en la confirmacion y revocacion de los artículos respectivos, y entra entonces la duda acerca del depósito de los quinientos ducados. Para caso igual se dispuso lo conveniente en la segunda suplicacion por la *ley* 3. *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 10. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.), declarando que si la sentencia de revista se revocase en parte sustancial, cuyo importe y valor pudiera dar lugar á la segunda suplicacion, quedará excusada la parte de pagar las mil y quinientas doblas.

49 Si para los recursos de injusticia estuviera determinada la cantidad ó valor del pleito, en que pudieran tener lugar, se deberia guardar la misma proporcion alzando el depósito ó la fianza de los quinientos ducados, cuando ascendiese la sentencia, en la parte que se revocase, á la cantidad suficiente para introducir el recurso; pero como falta este supuesto, es preciso que se regule por el justificado arbitrio de los señores ministros del Consejo. Así se ha verificado algunas veces, y fué una de ellas en el pleito, que se determinó el año de 1784, entre Don Martin de Epalza y su hijo Don Pablo, vecinos de Bilbao; pues habiendo revocado la sentencia de revista de la chancillería de Valladolid en parte considerable, aunque se confirmó en otras de mayor valor, se mandó alzar y entregar el depósito de los quinientos ducados.

50 Por tanto convendria, para no dejar dudas en la legislacion de estos recursos, que se acordase y señalase el valor de la causa para que se admitiese el recurso, como se declaró para la segunda suplicacion, y se aumentó con proporcion al tiempo y á la calidad de la causa, así en posesion como en propiedad, en los términos que se explicó en el capítulo próximo. Así se evitaria por medio de esta providencia el daño público y particular que producen estos recursos, que no son compatibles con la equidad en que se fundan, sino corresponde la entidad y gravedad de la causa; pues en cosas de poca monta es mas ventajoso á la causa pública y á las mismas partes sufrir el daño, que les puede causar la sentencia de revista, que exponerse á otros incomparablemente mayores que necesariamente resultarian, aun en el caso de su vencimiento que es tan contingente y raro.

51 Igual beneficio se lograria si se estableciesen términos precisos para introducir el recurso en el Consejo; pues estando las leyes tan diligentes en señalar los de las apelaciones, suplicaciones ordinarias y los de las segundas suplicaciones, parece necesario que se haga lo mismo en los recursos de injusticia. De otro modo queda este punto expuesto á dudas, y pueden las partes tomar ocasion para disputar si viene ó no en tiempo al Consejo.

52 Yo he observado que las mas veces ocurren sin dilacion al Consejo, introduciendo este recurso de las sentencias de revista; pero si la parte lo retardase por tiempo considerable, se excitaria la duda indicada, y esto solo da justo motivo para ocurrir á ella con el señalamiento de término competente. Tambien resultaria de la misma retardacion otro daño muy considerable al público y á los particulares; pues los derechos y dominios de las cosas estarian sin la seguridad que da la sentencia de revista, y pendientes de la voluntad de la otra parte.

53 De estos puntos, y de otros que son accesorios al recurso de injusticia, trató muy bien el doctor Don Juan Antonio Marin en sus *observaciones originales* sobre los autos, que dieron regla para la introduccion del recurso de injusticia notoria, señaladamente en el capítulo quinto. Yo no considero necesario hacer sobre estos artículos otras explicaciones, á excepcion del en que se trata de la sala segunda de gobierno, encargada de la vista y determinacion de los pleitos que vienen al Consejo por recurso de injusticia notoria; pues recibirá mayores luces con la noticia puntual del orígen de esta sala, y de la distribucion de sus negocios.

54 Los *autos acordados* que se han referido, y sirven de fundamento y regla al recurso de injusticia, encargan su conocimiento á la sala de gobierno sin distincion de que sea la primera ó la segunda; ni podia distinguirse, porque entonces no tenia establecimiento fijo, ni se formaba sino rara vez, segun la necesidad y urgencia al arbitrio del señor presidente ó gobernador, con el fin de la mayor expedicion de los negocios que ocurrian.

55 El orígen de esta sala se debe tomar de la consulta que en 22 de Agosto de 1627 hizo á S. M. el señor presidente del Consejo, exponiendo que conforme á la nueva órden que se guardaba en él, asistian en la sala de gobierno cinco jueces con el presidente; que con las necesidades de aquellos tiempos crecian los negocios del gobierno general: que los negocios eclesiásticos que por via de fuerza venian á dicha sala, eran en tanto número que ellos solos bastaban para ocuparla algunos dias: que cuando los jueces supernumerarios acudian á la misma sala, se componia de ocho ó nueve jueces: que por esta causa el comendador mayor de Leon, antecesor suyo, comenzó á introducir, cuando se hallaba con número de jueces suficiente, la division de las dos salas de gobierno; y que cada una de ellas despachase los negocios corrientes, reservando los de mayor importancia para toda la sala junta.

56 En la referencia que se hace de la division de estas salas, se observa que ninguna pierde la denominacion de ser de gobierno, ni se distingue con el título de primera y segunda, porque siempre quedaba una sola, y á su nombre se despachaban los negocios por los ministros que se apartaban para su mas pronta expedicion, uniéndose para los de mayor importancia.

57 Continúa la representacion ó consulta exponiendo que habia hecho lo mismo algunas veces, en inteligencia de que hubiese precedido decreto de S. M., ó real órden de palabra, dada á su antecesor para poderlo hacer; pero que viendo que algunos ministros del Consejo hacian escrúpulo de esta materia, afirmando que no podia dividirse la sala de gobierno en dos, ni formarse entera sin cinco del Consejo y presidente, lo representaba todo á S. M. para que se sirviese decirle si podia dividir la sala en la forma, y para los fines que se habia usado antes, de que habia resultado gran fruto. Y S. M. se sirvió resolver lo siguiente: «Está bien; así lo executad.»

58 Por otra real resolucion á consulta del Consejo de 3 de Enero de 1716 se sirvió mandar S. M., que en la sala segunda de gobierno del Consejo, que habia deliberado se tuviese temporalmente para la mas fácil expedicion de los negocios que ocurriesen, solo se viesen las peticiones sueltas, los negocios de la sala de gobierno que hubiesen llegado á estado de contenciosos, y los que la sala principal remitiese á la segunda, y no otros algunos. Esta es la primera vez que se oyó el nombre de sala segunda en calidad de temporal, y para los fines que expresa la enunciada real resolucion.

59 Los recursos de injusticia notoria, ya sea porque en su orígen y progreso son contenciosos, y estan comprendidos en la cláusula general indicada, ó porque la sala principal empezó á remitirlos á la segunda, se han continuado en la misma, y forman una parte de los de su primitiva dotacion.

60 La dotacion del Consejo, segun su planta antigua, consistia en el número de diez y seis ministros, distribuidos en esta forma: cinco y el señor presidente á la sala de gobierno, tres á la de justicia, igual número á la de provincia, y cinco á la de mil y quinientas: *ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2.

61 Por *el auto acordado* 50. *del propio tit. y lib.* se aumentó el número de ministros á veinte sin incluir el señor presidente ó gobernador, y se continuó su distribucion en las mismas cuatro salas referidas.

62 Por el *auto acordado* 71. *del mismo tit. y lib.*, que es de 9 de Junio de 1715, se restituyó el Consejo á su antigua planta, acrecentando el número de sus ministros al de veinte y dos, los ocho para la sala de gobierno, cuatro para la de justicia, igual número para la de provincia, cinco en la de mil y quinientas, y uno en la presidencia de la sala de alcaldes. Los ocho ministros se destinaron á la sala de gobierno con los dos fines que expresa el citado *auto* 71.: uno fué para que de ellos se suplieran los que faltasen en las otras salas; y otro para que si ocurrieren algunas veces muchos negocios de la sala de gobierno, se dividiese esta en dos para la mas breve expedicion de ellos, como se ha ejecutado en otras ocasiones.

63 Por la série de las enunciadas disposiciones se confirma que en los años de 1700 y 1703 y en los anteriores estaba reducido el número de ministros de la dotacion de la sala de gobierno á cinco; y aunque se considerase el aumento hasta los ocho, como de estos, aun asistiendo todos, se habian de proveer los que faltasen en las tres salas de justicia, se puede considerar que las mas veces no excederian de cinco; y si de los ocho se formaba la sala segunda de gobierno con el número de cuatro, que era igual á las de justicia, quedaba el de la sala primera reducido al de cuatro.

64 Por todo lo referido se convence que por los *autos acordados* 6. *y* 7. *tit.* 20. *lib.* 4. (Leyes 1. y 2. tit. 22. libro 11. de la Nov. Recop.) se encargó y confió la vista y determinacion de los pleitos de injusticia notoria á los cinco ministros que componian la sala de gobierno, y esto cuando asistiesen todos.

65 ¿Qué causas pues han sobrevenido para que en el dia, que conoce la sala segunda de estos recursos, no sean suficientes los cuatro de su dotacion para verlos y determinarlos? Aunque falte uno de ellos, se despachan con los tres los pleitos y negocios ordinarios que ocurren; pero los de injusticia notoria se ven y determinan siempre por cuatro, pues se completa este número con el que señala el señor presidente ó gobernador, ya sea de los de sala primera ó de las otras.

66 Los pleitos que admiten segunda suplicacion son por lo comun de mayor gravedad y entidad en sus valores y en la pena de las mil y quinientas doblas que depositan, ó afianzan los que la introducen, y sin embargo se consideró suficiente el número de cinco ministros para verlos, y el de cuatro para sentenciarlos.

67 Así se reconoce por las leyes y *autos acordados*, que por menor se refieren en el capítulo próximo. En la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. se dice que cinco de los ministros del Consejo «puedan

»ver, y determinar cada una de las di»chas causas.» En la *ley* 12. *del prop. tit. y lib.* se dispone que en los pleitos vistos en grado de segunda suplicacion, y en los que se vieren en adelante, si muriese antes de sentenciarlos uno de los cinco ministros, los determinen los cuatro que quedan. El *auto* 2. *del mismo tit. y lib.* previene que si comenzando á verse algun pleito de segunda suplicacion, faltase alguno de los jueces por muerte ó promocion, se nombre otro para que acabe de verse por cinco jueces. Y esto mismo se repite en la *ley* 62. *cap.* 19. *titulo* 4. *lib.* 2., y en el *auto* 1. *tit.* 20. *lib.* 4.

68 Por las leyes y *autos acordados* posteriores, que se refieren en el citado capítulo anterior, se mandó que los pleitos de segunda suplicacion se viesen en las sentencias difinitivas y en los artículos que tuviesen fuerza de ellas con los ministros de las tres salas de justicia, que en lo antiguo componian once, y despues se aumentaron á trece, sin que pudiesen empezarse á ver con menor número que el de nueve; pero este mayor número de ministros fué señalado para la vista, mas en cuanto á su determinacion se confió á cinco de ellos, aunque hubiesen faltado los demas, ó no pudiesen votar por escrito, como se declaró por real resolucion publicada en el Consejo á 6 de Setiembre de 1747, á consulta del mismo tribunal de 12 de Agosto anterior, motivada en la duda que ofrecia el mismo decreto de 12 de Julio del propio año de 1747, indicada en el referido capítulo próximo.

69 En las enunciadas disposiciones se motiva haber condescendido S. M. á que los pleitos de segunda suplicacion se determinasen por los cinco ministros que hubiesen quedado, para que no se retardasen con daño del público y de las partes.

70 Mucho mayor daño se experimentaria si para la vista y determinacion de los recursos de injusticia notoria se aumentase el número de los cuatro ministros que componen la sala segunda, pues no solo se retardarian los pleitos de esta clase, sino que se interrumpiria el despacho de otros negocios de la mayor importancia. Y aunque por real resolucion de 9 de Junio de 1715 se acrecentaron cinco plazas en el Consejo, la experiencia de muchos años me ha hecho conocer que no alcanzan á completar la dotacion de las salas, especialmente en el estado presente; hallándose unos ministros excusados de asistir al Consejo por reales cédulas de S. M., otros enfermos, ausentes y ocupados en varias comisiones, sin incluir las vacantes de plazas, cuya provision por necesidad se dilata algunos meses.

## CAPÍTULO VI.

### *De la recusacion de los jueces.*

1 Entre todos los medios y modos que los hombres tienen para defender sus facultades y derechos, es sin duda la recusacion uno de los mas cumplidos y seguros; pues siendo un remedio preventivo que se anticipa al daño, es como todos los de esta especie mas ventajoso que los que se buscan para reparar el mal ya sucedido. Por esta razon el solo temor de que pueda venir y suceder el daño justifica la recusacion: *ley* 1. *Cod. Quando liceat unicuique sine judice se vindicare: ley* 5. *Cod. In quibus causis in integrum restitutio non est necessaria: ley* 2. *ff. de Damno infecto.*

2 Si se recusase al juez ordinario ó al delegado, no se expresa la causa, ni las leyes antiguas imponian obligacion de jurarla si la parte contraria no lo pedia: *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: «Jurando el que esto dixere, si le de»mandaren la jura, que lo non dice »maliciosamente, por alongar el pleito, »mas porque ha miedo, é sospecha del »Juez. E despues que lo oviere así di»cho, é jurado, non le debe el Judga»dor apremiar de responder antel, ma»guer non le diga, porque razon lo ha »por sospechoso. Ca segund es estable»cimiento de las leyes antiguas, non ha »porque lo decir, si non quisiere.» La *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 3. *del Ordenamiento* tiene por suficiente alegar por sospechoso al alcalde, jurando que no lo

hace de malicia sin necesidad de expresar la causa. Esta ley se trasladó casi en todas sus palabras á la 1. *tit.* 16. *libro* 4. *de la Rec.* (Ley 1. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Rec.), viniendo á ser uniforme en todos tiempos la regla de que no es necesario alegar causa particular en que se motive la recusacion.

3 Dos observaciones he debido hacer sobre lo dispuesto en la citada *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3.: una en la razon que señala para continuar con la regla indicada, ibi: «Ca segun es establecimiento de las leyes antiguas, non ha »porque lo decir, si non quisiere:» otra en la referencia que hace á las leyes antiguas, pues en esta clase considero la *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo*, en la cual se dispone entre otras cosas lo siguiente: «O por ventura diz »que el su Juez mismo ha sospechoso.»

4 Por resúmen viene á decir la citada ley de Partida que no hace novedad en cuanto á que se proponga generalmente y en confuso la sospecha contra el juez ordinario, porque así estaba dispuesto con la propia generalidad en las leyes antiguas.

5 Este pensamiento de seguir ciegamente, y sin la debida crítica ó discernimiento la antigüedad, trae muchas veces el daño de no perfeccionar las cosas, ya sea en el estado civil ó ya en el fisico, cerrando la puerta al adelantamiento y mejoras de que son capaces las materias, que aunque se hayan tratado por siglos de un mismo modo, se ha manifestado despues de ellos el error que contenian, y se ha demostrado la verdad por la razon y la experiencia.

6 Esta sola consideracion obliga á inquirir los daños que producen al público y á las partes las recusaciones generales, y si seria mejor que se obligase á señalar y determinar la causa en que pretenden fundar el temor ó sospecha del juez ordinario ó delegado.

7 Los jueces ordinarios son acreedores de justicia por una presuncion poderosa á que se consideren con la integridad y justificacion necesaria para llenar las obligaciones de su oficio; y por estos respectos deben ser tratados con honor en las palabras y en los hechos, corrigiendo y castigando á los que de cualquier modo se exceden injuriándolos, como se dispone tantas veces en las leyes del reino y en los cánones.

8 Quien recusa al juez duda de su integridad, y empieza desde aquí la injuria; pues la considera fácil á desviarse del camino recto de la integridad y justicia por causas y motivos, que ó no deben imputársele, ó deben ser despreciadas. Esta es una proposicion en que convienen las leyes y los autores.

9 Las causas para recusar pueden ser varias: unas inocentes sin culpa de los jueces, como la de parentesco de consanguinidad y afinidad, ó la de amistad anterior con alguna de las partes que litigan; y otras criminosas, como la de soborno, enemistad y otras semejantes. Quien recusa sin expresar la causa, envuelve todas las que puede haber, y deja al arbitrio del público que conciba contra la opinion del juez recusado la que sea mas perniciosa, y esto aumenta la injuria, y se le priva de su natural defensa.

10 Si el juramento del que recusa ha de servir de prueba de la causa en que se funda, caerá mas fácilmente en malicia por la seguridad de que no puede ser descubierta ni convencida; y esta ocasion en que se ponen las partes, no solo de proceder maliciosamente en las recusaciones, sino tambien de abusar del juramento, está indicada y comprobada con la experiencia que recuerdan las leyes reales, señaladamente la 1. *tit.* 5. *del Ordenamiento*, ibi: «Recusaciones ponen los »demandados algunas veces contra los »jueces maliciosamente, por no respon»der á las demandas que les son pues»tas:» *ley* 2. *tit.* 10. *lib.* 2. *Rec.* (Ley 4. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) ibi: «Porque muchos maliciosamente, y sin »justa causa se atreven á recusar:» *ley* 17. *del prop. tit. y lib.* (Ley 7. titulo 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) ibi: «Porque sin embargo de lo que está »proveido por leyes de nuestros Rey»nos, todavía se hacen muchas recusa»ciones con malicia.»

11 El juramento se dirige á probar

que el ánimo de la parte que recusa no se mueve de malicia por alargar el pleito, ó por injuriar al juez; pero no trasciende á calificar de verdadera, suficiente y justa la causa del temor y sospecha que concibe, pudiendo suceder, y acaso será así las mas veces, que ó no hubiese causa alguna para desconfiar del juez, ó no fuese suficiente para recelar que faltase á la justicia.

12 Las leyes andan siempre diligentes en apartar las ocasiones de pecar, y en alejar de las partes y del público los peligros de delinquir, precaviéndolos con oportunas providencias; y ningun riesgo puede ser mas notorio en lo espiritual y temporal que el indicado en las recusaciones vagas.

13 Ninguno puede encargar á otro la administracion de sus bienes, relevándole de dar cuenta y razon. El padre en uso de su patria potestad puede dar tutor á sus hijos, y exonerarle de fianza, pero no de dar cuenta de la tutela. Estas disposiciones y otras semejantes se fundan en que teniendo los hombres la seguridad de que no serán descubiertos sus excesos, estan en carrera de cometerlos. Así se explican las *ley*. 29. *y* 33. *tit*. 11. *Part*. 5.: *ley* 5. §. 7. *ff*. *de Administrat. et periculo tutorum*: *ley* 119. *de Legatis primo*; *ley* 9. *y* 20. *de Liberatione legata*; y el señor Covarrubias con otros que refieren *en el lib*. 2. *de sus Varias*, *capit*. 14. *n*. 3.

14 En las recusaciones de los presidentes y ministros del Consejo, alcaldes de corte, y los de las chancillerías y audiencias, se deben expresar las causas; y pareciendo justas, probables y tales que probadas sean suficientes, se admiten, y es del cargo de la parte que recusó probarlas, y no lo haciendo cae en la pena que señalan las *leyes del lib*. 2. *tit*. 10., y los *aut. acord. del propio tit. y lib.* Estas nuevas calidades, que se han exigido en las recusaciones de los magistrados superiores, se motivan en la malicia con que muchas veces los recusaban las partes; y cuando se atreven á ofender á unos jueces de tan alta autoridad, ¿qué no harán con los inferiores, y cuánto mayor y mas repetido será el peligro de que abusen con dolo y malicia del remedio de la recusacion, que es recomendable cuando se dirige de buena fe á la defensa natural, y debe ser punible si se convierte en daño del público y de las mismas partes?

15 Yo no hallo diferencia entre la mayor ó menor autoridad de los jueces que se recusan, para que con unos haya libertad absoluta de hacerles ofensas con malicia y dolo, sin permitirles la natural defensa de su honor y opinion; y se hayan puesto para con otros tan exactas precauciones á fin de contener y corregir la malicia de los que intentan recusarlos. Que hubiera alguna diferencia en la mayor pena con que deben ser castigados los que no justifican sus recusaciones contra los jueces superiores, era muy razonable; pero dejar á unos enteramente indefensos sin que puedan ni aun saber los motivos que hayan dado para ser recusados, parece que no es compatible con el derecho que tienen todos á mantener su honor y buen nombre, defendiéndose de las calumnias con que se intentan oscurecer.

16 Por último si la causa de la recusacion es verdadera y suficiente para sospechar del juez inferior, ¿qué reparo puede tener la parte en expresarla y probarla? Si es inocente, como la de parentesco ó amistad anterior al pleito, logrará la parte su intento, y el juez quedará sin agravio en el público; y si la causa fuese criminosa, importa á la república su castigo, pues con el ejemplo de unos se contienen los demas.

17 El derecho canónico precavió los mismos riesgos en la malicia de los que recusan los jueces eclesiásticos, disponiendo que expresen las causas en que fundan la sospecha, y que las prueben ante los árbitros, que deben nombrarse en el breve tiempo que á este fin les señalen; y no probándolas, ó no declarándose por justas, procede y continúa el juez eclesiástico en el conocimiento de la causa. Esto es lo que sin diferencia de jueces ordinarios

ó delegados dispone el *cap.* 39. *ext. de Officio et potestate judicis delegati*: *cap.* 61. *ext. de Appellat.*; y otros que refiere Gonzalez en sus *Comentarios*.

18 He indicado y reunido las consideraciones antecedentes con el deseo de que se mejorase este artículo, si pareciese á otros de superiores luces que merece examinarse del modo y por los medios que señalan las leyes, especialmente las 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part* 1. y las 7. *y* 8. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* (Leyes 7. y 8. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.)

19 El principal efecto de la recusacion del juez ordinario, segun el tenor de las leyes reales que se han referido, se reduce á que tome otro, con quien proceda á sustanciar y determinar la causa. La *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo* mandá que el recusado se acompañe con el obispo de la ciudad, y no deja eleccion para nombrar otro, ibi: «Mas aquellos Jueces que él dice, »que ha sospechosos, deven judgar el »pleyto, é oir con el Obispo de la Cib»dad; é lo que judgaren, métanlo en »escrito.»

20 En lo antiguo mereció con los cristianos grande concepto la autoridad del obispo para juzgar sus causas en forma de arbitrio, reduciéndolos á la paz sin estrépito ni figura de juicio; y con este importante fin ponian en sus manos con mucha frecuencia todos sus derechos. Los emperadores y reyes veian el fruto que producian estas convenciones en lo espiritual y temporal, y las protegian elevando las determinaciones de los obispos al grado mas sublime de cosa juzgada, sin permitir su reclamacion: Sozomeno *lib.* 1. *de su Historia Eclesiástica cap.* 9.: Baroni. *Ana. año* 398. *n.* 63.: Tomasino *de Disciplina Eclesiástica part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 102. *n.* 1. *y* 2.: Van-Spen *de Jure Ecclesiastico part.* 3. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 17.: Divus Augustinus *de Opere Monachorum cap.* 29., y Posidio *de Vita Augustini cap.* 19.; quienes reunen todas las leyes y autoridades que confirman las proposiciones indicadas.

21 Como en tiempo de los godos mantenian los obispos la misma autoridad y respecto, como lo refiere Ambrosio de Morales *en su Crónica lib.* 12. *cap.* 31., citado tambien en el comentario á dicha *ley* 22., fue muy oportuno, para remover la sospecha del juez recusado, que se acompañase con el obispo.

22 La experiencia haria conocer que ocupándose principalmente los obispos en los ministerios espirituales de su cargo, no podrian atender á la ordenacion y decision de las cosas temporales, dilatándose necesariamente con daño de las partes y del público; y estas consideraciones obligarian á relevarlos de esta penosa ocupacion, confiándola á otras personas de integridad y buen seso á eleccion del mismo juez ordinario recusado, como se dispone en la citada *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3., y en la 1. *tit.* 5. *lib.* 3. del *Ordenamiento*.

23. Esta práctica, observada constantemente en los tribunales por el tenor y forma de las leyes citadas, induce una diferencia respecto á los jueces delegados, en que convienen los autores; pues estos con la misma recusacion general jurada quedan removidos de todo el conocimiento de la causa que les era encomendada, como se dispone en la enunciada *ley* 22. *título* 4. *Partida* 3.

24 La razon en que funda la ley la diferencia indicada consiste, segun se expresa en ella, en «que despues que »tal Juez como éste es escogido de Rey »por bueno, y le ha otorgado poderío »de librar todos los pleytos, de aquel »logar do es puesto, non deve ome »aver mala sospecha, que él ficiese en »ningund pleyto, que demandasen an»tel, si non lo mejor.»

25 Es muy crecido el número de los jueces ordinarios que ejercen jurisdiccion en estos reinos sin que hayan merecido aprobacion, ni tengan nombramiento de S. M., ni éste noticia de sus personas, de su literatura, ni de sus costumbres, por ser nombrados por los dueños particulares de los pueblos y de su jurisdiccion, y otros elegidos por los mismos pueblos; y faltando en todos ellos aquella razon distintiva, que expresa la ley como causa princi-

pal para no remover á los jueces ordinarios del conocimiento del proceso en que son recusados, debia por consecuencia cesar este efecto, y considerarse como los delegados para poderlos separar enteramente.

26 El acompañado, que nombre el juez ordinario, no puede serenar los recelos de la parte que le recusó: porque si este fué sospechoso al tiempo de su recusacion, quedará con ella mas irritado y contrario, como la acredita la experiencia, y lo indicó el *cap.* 39. *ext. de Offic. et potest. judic. delegati* ibi: *Suspicionis causa contra judicem assignata*: *non ipse* (*qui forsam provocatus obesset*) *sed arbitri potius*: *ley* 11. *ff. de Recept. qui arbitrium*: Carrasco del Saz *ad Leg. Rec. cap.* 10. *n.* 347.

27 Cuando el acompañado no se adhiera al dictámen del juez principal, que sucede las mas veces, quedarán en discordia, y producirá mayores daños á las partes; y esta es otra prueba de no ser suficiente este medio para remover la sospecha, ni pára evitar los daños, que temia la parte que recusó al juez ordinario.

28 Los ministros de los tribunales superiores que fueren recusados, siendo probada y declarada la causa por suficiente, son removidos enteramente, sin que baste para quitar la sospecha el que los compañeros juzguen con el mismo recusado. ¿Cómo pues podrá extinguirse el recelo permaneciendo el juez en el conocimiento de la causa con solo un acompañado que nombre el mismo?

29 Lo dispuesto por el derecho canónico con todos los jueces eclesiásticos que se recusan, califica igualmente no haber tenido por suficiente el acompañado, y haber estimado necesario remover al juez recusado.

30 Para llegar á esta decision juzgaron indispensable las leyes que se expresase la causa de la recusacion, y que se examinase y declarase por justa y bien probada, confiando este conocimiento en el primer caso á los ministros de la sala, en que estaba el recusado, y en el segundo á los árbitros. Uno y otro se expresa en las *leyes del tit.* 10. *lib.* 2. *de la Recop.*, y en el *cap.* 39. *ext. de Offic. et potest. Judic. delegat.*: en el 61. *ext. de Appellat.*, y en el 2. *eod. tit.*; conformándose con sus respectivas disposiciones Gonzal. *en sus Comentarios*: Acev. *á ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop. n.* 14. con otros que ellos refieren.

31 Queda dicho, y consta por la letra de las citadas leyes, que para tranquilizarse el que recusa al juez ordinario, debe este tomar por acompañado un hombre bueno; y como las leyes no determinan quien ha de pagar los derechos y costas que se acrecientan con este nuevo juez, han excitado esta duda algunos autores. Acevedo, *sobre la enunciada ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop. n.* 21., dice que el recusante debe pagar los gastos y costas que cause el acompañado; fundándose en que este fué la causa de nombrar á un juez extraño. Lo mismo asegura Avendaño *in cap. Prætor. lib.* 2. *capítulo* 3. *n.* 15.

32 Sin embargo la razon que indican ès debilísima: porque la parte, que estima sospechoso al juez ordinario, usa de su derecho por un medio que se funda en la razon natural; pues se dirige á su defensa, y esto es incompatible con la culpa que se le atribuye. La recusacion y el juramento suponen que hay causa suficiente y justificada, y así mas parecia que debia recaer sobre el juez la sospecha, y el motivo de aumentarse otro.

33 Todos los inconvenientes que se han indicado, y resultan de admitirse las recusaciones de los jueces ordinarios sin expresar la causa y probarla, cesarian si se procediese del modo y forma establecida por el derecho canónico en los respectivos jueces de su fuero, y de lo que determinan las leyes respecto de los ministros de los tribunales superiores; y se lograria tambien el fin de que no se repitiesen con tanta frecuencia, y que los mismos jueces se contuviesen en sus obligaciones, sabiendo que sus excesos podian descubrirse y justificarse, cuando alguna de las partes concibiese de ellos sospecha en la administracion de la justicia.

34 Si se cotejan fielmente con algunas observaciones oportunas las leyes que se han referido, y que tratan de las recusaciones de los jueces ordinarios seculares, y las que disponen lo conveniente para las de los ministros del Consejo, chancillerías y audiencias, se formará un resúmen de las calidades en que convienen, y en que se diferencian, y se percibirá con claridad toda esta materia, evitando la oscuridad y digresion con que la tratan los autores en tantas partes, señaladamente Carrasco del Saz *ad Leg. Rec. lib.* 2. *cap.* 9. con los demas que refiere.

35 Toda recusacion debe hacerse con causa justa y suficiente para inducir sospecha del juez; y que se pruebe por la parte que recusa. En la recusacion del juez ordinario el juramento solo prueba que hay causa, que es justa y suficiente para darle por sospechoso, y para remover la desconfianza que concibe, y ha explicado la parte en su recusacion, por los medios que señalan las leyes, y quedan referidos.

36 En la recusacion de los magistrados superiores hay dos juicios: uno preliminar en donde se examina si la causa es suficiente para introducir sospecha del juez recusado; y si se estima y declara no serlo, se repele la recusacion por frívola y calumniosa; y siendo suficiente, y tal que probada, deba ser dado el juez por recusado, se pasa al segundo juicio, en donde debe la parte probarla plenamente, y en su defecto incurre en las penas de temerario, injusto y calumniante, que disponen y señalan las leyes.

37 La 2. *tit.* 10. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 4. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) pide tres cosas, que son, alegar justa causa de sospecha, jurarla y probarla. La *ley* 3. *siguiente* (Ley 5. de id.) está mas expresiva en las tres partes referidas, pues dispone que cuando alguno recusare á los del Consejo, al presidente ú oidores, ó á cualquier de ellos, vean luego y examinen los demas el escrito de la recusacion; «y si las causas »en él contenidas son justas y proba»bles, y tales que probadas, resultaria »justa la recusacion, que en tal caso la »admitan.» Hasta aquí se decide el juicio preliminar de estimar justa y suficiente la causa de la recusacion, y así se encarga que se reduzca su exámen al escrito de ella.

38 Continúa la ley disponiendo que si las causas, en que se motiva la recusacion, no fueren tales que se deban recibir, no la admitan, ni se ponga el escrito en el proceso, y condenen á la parte que la puso en tres mil maravedís por la recusacion de dicho juez.

39 La *ley* 6. *del prop. tit. y lib.* (Ley 9. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) supone deberse admitir la recusacion, que se motiva en causas justas y suficientes para haber al juez por recusado: tambien supone que la parte que recusa debe probarlas; y á este fin deja al arbitrio de los jueces el señalamiento del término que les pareciere, con tal que no exceda de los puertos acá de cuarenta dias, y de los puertos allá de sesenta; y reduce al número de seis testigos los que se han de presentar en cada pregunta.

40 Entre los dos casos de no admitirse la recusacion por fundarse en causas frívolas, y de no probarse las que se proponen como justas y suficientes, proceden las leyes con diferencia en la pena; pues la que se impone á los del caso primero es de tres mil maravedís, y la del segundo es el diezmo de lo que montare el pleito, con tal que la dicha pena no pueda exceder de treinta mil maravedís. Esto es lo que se dispone en las citadas dos *leyes* 2. *y* 3.

41 La *ley* 17. *del mismo tit. y lib.* (Ley 7. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) aumenta la pena del que no probare las causas de la recusacion de los del Consejo á sesenta mil maravedís; y la de los alcaldes y oidores á treinta mil. Esta separacion con que hablan las citadas leyes, como tambien la 4. *del mismo tit. y lib.* (Ley 6. de id.) demuestra los dos juicios de las recusaciones, uno relativo á declarar por justa y suficiente la causa con que se propone, y otro en que se determina difinitivamente si se ha probado en bastante forma para dar al juez por sospechoso.

42 El *auto acordado* 6. *del propio*

*tit.* 10. *lib.* 2. (Ley 20. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) trata de las recusaciones de los alcaldes de corte, que conocen de las causas civiles en grado de apelacion, y entre otras cosas dispone que no dando las causas por bastantes, condenen á la parte que recusó en dos mil maravedís; y siendo dadas por bastantes, y no pudiéndose probar, la condenen en seis mil maravedís. Esta discretiva disposicion confirma las anteriores que se han referido, y manifiesta la uniformidad con que proceden las leyes en estos dos puntos.

43 Hay otros casos muy principales que conviene examinar: en el primero se tratará de las personas que pueden recusar, así á los jueces ordinarios como á los del Consejo, chancillerías y audiencias: en el segundo se hablará del tiempo en que deben ponerse las recusaciones, probarse y determinarse; y por este órden se percibirán sus principales efectos.

44 La *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo*, la 22. *tit.* 4. *Part.* 3., la 1. *tit.* 5. *lib.* 3. *del Ordenamiento Real*, la 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.), y todas las del *tit.* 10. *lib.* 2., y los *autos acordados* (Leyes del tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) que tratan de las recusaciones, las ponen en boca de las mismas partes que litigan, sin hacer memoria de procuradores ni del poder general ó especial, en cuya virtud puedan recusar por sospechosos á los jueces ordinarios, delegados, ó á los que juzgan en los tribunales superiores.

45 Esta omision, con que proceden las enunciadas leyes, manifiesta que no hay alguna que determine si el poder ha de ser especial ó general; y que solo por argumentos fundados en razones sólidas han convenido los autores en que el procurador de los que litigan puede recusar con poder especial, haciendo las solemnidades del juramento y la expresion de causas en los respectivos casos en que lo deberia hacer la misma parte principal.

46 Fúndanse lo primero los enunciados autores en que las recusaciones forman una causa de gravedad, por la injuria que hacen á los jueces, cuando las ponen maliciosamente: lo segundo en que debiendo jurar que no recusan por malicia, ni por alargar los pleitos, solo puede hacer este juramento el mismo interesado que litiga, ó con poder especial su procurador: lo tercero que imponiéndose penas á los que recusan á los jueces de los tribunales superiores sin justa causa, ó no la prueban, no puede el procurador sin poder especial hacer responsable á su principal en las penas referidas.

47 Así se explican los autores, señaladamente Larrea *alegacion* 48. *n.* 12.: Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *n.* 4.: Covarrub. *in capite Quamvis, de Pactis in Sex. part.* 1. §. 5. *n.* 18. *al* 20., y en el *lib.* 1. *de sus Varias, cap.* 6. *n.* 2.; haciendo uso en confirmacion de sus opiniones de la *ley* 39. §. *último ff. de Procuratoribus*, y de la 17. *tit.* 5. *Part.* 3.

48 Las leyes y los autores citados en el número próximo refieren las precisas calidades, que debe contener el poder para que sea especial y suficiente para jurar y recusar; y son que exprese el pleito y las personas que litigan, que nombre al juez, y proponga las causas y motivos en que funda la sospecha del mismo, concediendo en su consecuencia poder y facultad al procurador para que le recuse, y jure que no lo hace de malicia.

49 Cualquiera de estas circunstancias que falte al poder, basta para que el juez repela de oficio, y no admita la recusacion. La *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. (Ley 2. tit. 3. lib. 11. de la Nov. Rec.) dice que al procurador, que no presentare poder bastante, no se le dé carta de emplazamiento: la 3. *del propio tit. y lib.* (Ley 3. de id.) que se presente el poder, y lo vea el abogado, y firme á la espalda si es ó no bastante; y si los poderes no fueren bastantes, los repelan, y á los tales procuradores: *ley* 55. *tit.* 1. *lib.* 3.; y *ley* 24. *tit.* 16. *lib.* 2. (Ley 13. tit. 22. lib. 5. de la Nov. Recop.) Rebuff. *tom.* 3. *Constit. Francor. tit. de Recusationibus, art.* 1. dice que si el procurador

con poder general recusare al juez, y pidiere término para que su principal apruebe la recusacion con mandato especial, que se le debe conceder el competente segun la ausencia y distancia del principal; y que entretanto debe suspender el juez todo procedimiento en el pleito. Lo mismo dice Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *n.* 4. *in fine.*

50 Pero como estos autores no fundan su opinion en la ley, razon ni práctica, por lo cual la llama Acevedo singular, no se debe seguir; pues la resisten las mismas leyes que se han referido, y que apetecen poder bastante para que sean oidos los procuradores.

51 El tercero coadyuvante puede recusar en los términos y con las calidades que estan señalados al principio: *ley* 15. *tit.* 10. *lib.* 2. (Ley 15. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.)

52 En cuanto al tiempo en que debe hacerse la recusacion, procede la regla de no poder recusar al juez, que se haya aprobado por palabras ó hechos: porque se caeria en la torpeza que resisten las leyes, de venir contra su propio hecho, como se explica la *ley* 13. *Codic. de Non numerata pecunia*: ibi: *Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.*

53 El que pone su demanda ante un juez, aprueba su justificacion é integridad en el mismo hecho, y no puede despues recusarle; y de este principio procede la obligacion de responder en el mismo tribunal á la reconvencion y mútua peticion que le ponga el demandado, como se fundó largamente en el capítulo sesto de la primera parte.

54 Por la contestacion del demandado se induce igual aprobacion del juez, y no puede despues recusarle. Esta regla recibe una limitacion, que viene á ser general en todos los estados del pleito, y abraza dos excepciones: una cuando la causa de sospecha nace despues de la aprobacion del juez: otra cuando, aunque hubiese nacido antes, la ignoró la parte, y vino nuevamente á su noticia; pues en cualquiera de estos casos puede usar libremente de la recusacion, porque la novedad de la causa ó de la noticia excluyen el consentimiento en la aprobacion del juez, y se repone la parte en el principio de poderse defender por medio de la recusacion.

55 Hay cierta diferencia entre la recusacion que se pone al juez ordinario, y la que se dirige á los ministros de los tribunales superiores; y consiste en que los primeros pueden recusarse en cualquier estado del pleito, aunque esté concluso y dada la sentencia, con tal que no se haya notificado y publicado.

56 Esta es doctrina del señor Covarrubias en el *capit.* 26. *de sus Prácticas n.* 2., á quien siguen Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 10. *n.* 18.: Cur. Philip. 1. *part. del Juicio Civil.* §. 7. *n.* 11., y Aceved. en la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *n.* 24.; quienes se fundan en que la recusacion no pide expresion de causa, ni mas prueba que la del juramento, el cual puede hacer la parte en cualquier estado de la causa sin el inconveniente de dilatarla.

57 Como no hay ley que decida estos dos puntos, diria yo que el juramento, que hace la parte de no recusar por calumnia ni con ánimo de alargar el pleito, no era suficiente para dar por recusado al juez que habia sido hasta entonces aprobado por la misma parte; y solo daria lugar á la recusacion si adicionase y extendiese aquel juramento á decir que la causa de sospecha habia nacido, ó llegado nuevamente á su noticia en aquel tiempo en que hacia la recusacion: porque si fuese cierto alguno de estos dos hechos, ningun reparo debe tener en afianzar con su juramento esta verdad, removiendo con él la grave sospecha, que la resultaba de su anterior aprobacion, de que procedia á recusar al juez sin justa causa, como lo hacen las mas veces, segun la experiencia que se repite en las leyes del reino.

58 El juramento de las recusacio-

nes en los jueces ordinarios produce el efecto singularísimo de probar que la causa en que se motiva es justa, suficiente y verdadera, y que no se mueve de malicia; y no permite la razon ni la ley que se atribuyan tantas singularidades á un acto, especialmente cuando se da lugar con esta ampliacion á facilitar mas la malicia, á que están expuestas aun desde los principios semejantes recusaciones, y mucho mas si se hacen despues de estar escrita y firmada la sentencia del juez ordinario, y entregada al escribano; pues admitiéndose en este caso la recusacion, como lo asegura el señor Covarrubias en el citado *cap.* 26. *de sus Prácticas n.* 3. *vers. Cæterum*, ibi: *Nihilominus eam quotidie apud Hispanos admittimus*, las mas veces lo harán las partes, por haber llegado á entender que la sentencia las perjudica, y es justo que el mayor peligro y facilidad se contenga y corrija con prevenciones mas estrechas.

59 Las recusaciones que se dirigen á los ministros de los tribunales superiores, aunque convienen con las otras en algunos puntos que sirven de regla, y quedan expresados, tienen notable diferencia en cuanto al tiempo en que se han de proponer; y aunque hizo mérito de ella el mismo señor Covarrubias *en el capítulo citado*, *n.* 3. se percibirá con mayor claridad por el órden de las leyes que la establecieron.

60 Las *leyes* 1. 2. *y* 3. *tit.* 10. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 3. 4. y 5. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) dejan entera libertad para recusar á dichos jueces en cualquiera parte y estado del juicio, como se manifiesta de lo indefinido y general de sus palabras, señaladamente de las que pone la citada *ley* 1. en su principio, *ibi*: «Ordenamos que cada »y cuando que alguno quisiere recusar »por sospechoso á alguno de nuestro »Consejo, que en él residiere, ó de los »nuestros Oidores:::: que lo pueda fa»cer, jurando la sospecha en devida »forma, y poniéndola honestamente.»

61 La *ley* 4. *del prop. tit. y lib.* (Ley 6. de id.) señaló la conclusion del pleito por término de la ilimitada libertad anterior, que tenian los litigantes de recusar, á fin de evitar que abusasen de ella, segun se experimentaba; y desde esta disposicion quedó establecida la regla, de que solo pueden recusar hasta la conclusion de la causa para sentencia difinitiva.

62 Desde la conclusion en adelante pueden tambien recusarse los del Consejo y oidores por causas nacidas despues de ella, ó que vinieron en aquel tiempo á noticia del recusante, aun cuando fuesen anteriores. La diferencia de la recusacion en estos dos casos consiste en que por las causas nacidas despues de la conclusion, pareciendo ser bastantes para dar al juez por recusado, ha de depositar la parte treinta mil maravedís, y ha de probar las causas del mismo modo que si los hubiera recusado antes de la conclusion, conforme á la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* (Ley 4. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.)

63 En el caso de existir la causa de sospecha antes de la conclusion, y haber llegado despues de ella á noticia del que recusa, se admite igualmente con el mismo juramento que en el caso antecedente, pero no puede probarla de otro modo que por la confesion, que haga el recusado sobre las posiciones que en el mismo escrito de la recusacion debe poner el recusante, obligándose á pagar la pena de los treinta mil maravedís sin fianza ni depósito.

64 Esta diferencia tiene á primera vista alguna repugnancia, si se considera que hay mayor libertad para recusar por causa que nació despues de la conclusion, que por la que habiendo nacido antes llegó despues á noticia de la parte, porque en este caso puede tener algun cabimiento la malicia, y parecia que debia ponerse mas estrecho remedio en su admision, asegurando la pena con el depósito, sin confiarla á su sola obligacion.

65 Yo no descubro otra causa para la diferencia indicada (pues no la ofrece la citada *ley* 4.) que ser en el primer caso mayor el daño que va á producir la recusacion, dilatando el pleito con la probanza de instrumentos y

testigos, que puede hacer la parte que recusa, y quedar en el segundo expedito su curso en el momento que jure y declare el juez recusado.

66 Esta declaracion, ó confesion del juez á las posiciones de la parte que recusa, es general segun la disposicion de la citada *ley* 4., y pareció preciso que se limitase á jurar, declarar y responder á las preguntas no criminosas, como se expresa en la *ley* 7. *del prop. tit. y lib.* (Ley 10. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.)

67 Esta última ley ofrece alguna duda acerca de si comprende las recusaciones, que se hacen antes y despues de la conclusion del pleito, ó si es limitada á estas últimas. En las primeras recusaciones deben probarse en las causas de ellas, y como no se dice si la parte que recusa puede valerse en lugar de prueba, ó para suplir y ayudar la que no puede hacer cumplidamente por instrumentos y testigos, de la confesion jurada del ministro recusado, pareció conveniente quitar esta duda en la citada *ley* 7.

68 La generalidad con que se impone al ministro del Consejo, oidor ó alcalde la obligacion de jurar, declarar y responder, sin distinguir el tiempo en que sea recusado, no permite restriccion alguna á las que se pongan antes ó despues de la conclusion, y es mas conforme en cualquiera duda el que abrace las primeras que estan en la regla.

69 Estas declaraciones se mandan hacer sobre las preguntas no criminosas, aunque la *ley* 4. dispone que se hagan sobre las posiciones; entre estas y aquellas hay notable diferencia, porque las posiciones son relativas á las partes que litigan, y las preguntas son comunes á los testigos, y como estos pueden recibirse para la prueba de la recusacion que se pone antes de la conclusion, es otro argumento de que la *ley* 7. habla de este caso.

70 El *auto acordado* 4. *tit.* 10. *libro* 2. (Nota 1. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) pone en toda claridad este pensamiento, pues en él se determinó por todo el Consejo que de lo que declare el señor, á quien se pusiere la recusacion, no se dé traslado en ningun caso, aunque se haya de recibir á prueba, pero esta solo tiene lugar en dos casos: uno cuando se pone en el tiempo hábil de la regla; y otro cuando se recusa despues de la conclusion, vista del pleito y lapso de los treinta dias, por causa nacida despues de ellos; y explicándose el auto del Consejo en términos que abraza estos dos casos, no se puede dudar que en uno y otro puede pedirse, y debe hacer el ministro recusado el juramento y confesion sobre las preguntas no criminosas, y que cuando no se han de recibir á prueba las causas que nacen antes, y llegan despues á noticia de la parte, tiene lugar la confesion del juez sobre las posiciones.

71 Para que el ministro recusado jure y declare en los casos de la citada *ley* 7., es necesario que la parte lo pida, *ibi*: «Si la parte pidiere »que jure sobre la recusacion,» y este es otro argumento de que habla de las recusaciones en que hay otras pruebas.

72 La citada *ley* 4. permitia recusar despues de la conclusion del pleito en los dos casos expresados, y no señala tiempo para poner la recusacion, de lo cual se aprovechaban las partes, usando de ella en la vista del pleito, ó despues antes de publicarse la sentencia, sin embargo de que mediase mucho tiempo entre la conclusion y la vista ó sentencia.

73 Tambien se observó que siguiéndose algunos pleitos en que no hay conclusion, pretestaban las partes que podian recusar, y recusaban con efecto unas veces al tiempo de verse, otras despues de vistos, y á veces tambien cuando se querian determinar; y para ocurrir á esta malicia, y á los daños que producia, declaró la *ley* 12. *del prop. tit. y lib.* (Ley 15. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) que la vista del pleito y treinta dias despues tuviesen el mismo efecto que la conclusion.

74 Esta ley habló solamente de aquellos pleitos que por su naturaleza

y calidad se veian y determinaban sin conclusion de las partes, y en ellos permite poder recusar á los jueces dentro de treinta dias despues de visto el pleito, y es consiguiente se guarden en esta recusacion las reglas comunes, que estan dadas para las que se ponen antes de la conclusion.

75 Lo dispuesto en esta ley que fué limitado, como se ha dicho, á los pleitos en que sin conclusion de las partes procedian los jueces á verlos y determinarlos, se hizo general á todos, aunque se pusiese la conclusion, y por este medio quedó sin efecto este punto y término, que antes excluia la recusacion en forma comun, y se permitió hacerla y probarla dentro de treinta dias, contados desde que se comenzare á ver el pleito; y esta fué la nueva disposicion de la *ley* 19., siendo comun en el efecto con las anteriores, que permiten recusar en cualquiera parte y estado del pleito.

76 Desde este punto de la vista del pleito y curso de los treinta dias empiezan á correr las recusaciones privilegiadas; esto es, las que se ponen por causas nacidas despues de dicho término, ó por otras que aunque existiesen antes, llegaron nuevamente á noticia de la parte.

77 No fué mas feliz y permanente lo dispuesto en esta última ley que lo mandado en las anteriores, pues se alteró en las partes mas esenciales por la *ley* 21. y por el *auto* 10. *del prop. tit. y lib.* (Ley 26. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) en donde se manda con uniformidad que las recusaciones se pongan antes de los quince dias próximos al que se hubiere señalado para votar el pleito, salvo si las causas hubieren nacido dentro del término de los dichos quince dias. Esta es la primera parte de la disposicion: en la segunda se manda que se observe lo mismo, aunque no se vote el pleito el dia señalado; y en la tercera se extiende la disposicion al caso en que se votare el pleito, y se remitiere á mas ministros, pues entonces solo permite las recusaciones por las causas nacidas despues de la remision.

78 Cotejadas estas últimas leyes con lo dispuesto en la 19., se observa la primera diferencia en que el término de los treinta dias, contados desde que se empezó á ver el pleito, no impide á los jueces su determinacion, y pueden darla dentro de los mismos treinta dias.

79 En este supuesto, que es bien notorio y conforme á todos los derechos que instan por la brevedad de las causas, pretendian las partes poner sus recusaciones en forma comun el mismo dia que estaba señalado para votar el pleito, ó en el que, sin preceder señalamiento, se juntaban los ministros para determinarlo, motivando las partes que estaban dentro de los treinta dias que se habian fijado por término de conclusion, y que usaban de su libertad y facultad, poniendo la recusacion en tiempo hábil para ser admitida sin la calidad de jurar ni probar que las causas hubiesen nacido ó venido nuevamente á noticia de la parte, desde que se empezó á ver el pleito hasta el dia de la recusacion.

80 De aquí resultaban graves daños, pues se impedia la sentencia, se dilataban los pleitos, y los jueces que venian instruidos para determinarlos, perdian el tiempo, y necesitaban repetir su estudio y trabajo, al tiempo que se hubiese de votar despues del expediente de la recusacion.

81 Á todas estas malicias se ocurrió con la nueva disposicion de la citada *ley* 21. y del *auto* 10. (Ley 26. antes citada), pues si visto el pleito fuese señalado dia inmediatamente para votarlo, se tenia por efectiva conclusion desde el primero en que empezasen los quince próximos al señalado, y desde aquel quedaban las partes sin facultad para recusar á los jueces, salvo por causas nacidas dentro de dichos quince dias, en lo cual se observan dos alteraciones á lo dispuesto en la *ley* 19.: la primera no gozar del término de los treinta dias; y la segunda que aun pasados podian recusar, habiendo nacido las causas, ó venido á noticia de las partes despues del lapso de los dichos treinta dias.

82 El señalamiento de los quince dias próximos para votar el pleito quita la facultad de poner recusaciones en forma comun, y excluye tambien las que se funden en causas nacidas antes de los dichos quince dias, aunque hubiesen llegado dentro de ellos á noticia de la parte, siendo igual el efecto, aunque no se votase en el dia señalado, y aunque se votase y remitiese.

83 Las mas veces se determinan los pleitos vistos en el Consejo, y en las chancillerías y audiencias, sin señalar dia para el voto; y en este caso no se pueden contar los quince dias; pero si se propusiesen recusaciones en el mismo, en que se empezó á votar el pleito, no deben admitirse segun el tenor de la citada *ley* 21. y del *auto* 10., pues esto fué lo que principalmente se tiró á enmendar, debiendo observarse lo mismo, aunque lo remitiesen. Y he aquí un resúmen de lo que dispone nuestra legislacion en cuanto á las recusaciones.

**FIN DEL TOMO PRIMERO.**

# APÉNDICE AL TOMO PRIMERO.

Nota 1, *pág.* 1. Cuando el señor Conde de la Cañada publicó estas instituciones, el último código de leyes españolas era el de la Recopilacion reimpresa en varias épocas, con aumento sucesivo de diversas leyes promulgadas posteriormente á la primera compilacion. Formóse despues, en el siglo corriente la Novísima Recopilacion, con vista de la Nueva, para corregir los defectos de diversas especies que en esta se notaron, y parece por lo mismo que la doctrina sentada por el ilustrado Conde de la Cañada, al tratar del órden de autoridad de los códigos, no debiera tener aplicacion en el dia, puesto que la Novísima reemplazó á la Recopilacion, y las leyes que de esta no se hubieran transmitido á aquella, debieron considerarse derogadas. Sin embargo, nótase que al mismo tiempo que por la *ley* 3, *tít.* 3, *lib.* 2 *de la Novísima Recopilacion* se da autoridad legal á este código, se inserta la pragmática del señor Don Felipe III (*ley* 10, *tít.* 3, *lib.* 2 *de la Novísima Recopilacion*), en la que se manda "que de aquí adelante se guarden las leyes con»tenidas en los nueve libros de la Recopilacion de leyes »de estos reinos, hecha por mandado de la magestad del »rey Don Felipe mi señor y padre."

La observancia de las leyes, no obstante el desuso, ó prácticas contrarias está mandada por el *artículo* 4 *del Reglamento provisional para la administracion de justicia.* Sin embargo, los tribunales aun despues de la publicacion del reglamento provisional, se separan de las disposiciones legales en varios casos, porque repugnan á las costumbres y á la civilizacion de la época varios preceptos de las que las mismas comprenden, especialmente en la parte criminal.

*Nota* 2, *pág.* 2. Los historiadores hablan con variedad acerca del verdadero autor del Código ó Breviario de Aniano. Lo cierto es que conquistado el territorio español por los godos, fue necesario dar leyes al pueblo, pero como éste se componia de dos razas romana y goda, se hicieron dos compilaciones diversas, la una llamada Teodorociana, que tomó su nombre de Teodorico, quien despues se llamó Eurico ó Evarico, y la otra Breviario de Aniano hecho en tiempo de Alarico, llamado asi en la opinion de algunos por haberle trabajado Aniano ministro de aquel rey. Las leyes Teodoricianas que debieron su origen á Eurico, eran mucho mas duras que las romanas, y de aquí el haber sido mal recibidas por un pueblo acostumbrado á estas, por lo que se hizo necesaria la promulgacion del código de Aniano, en el que se extractaron las mejores leyes de los Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, de las sentencias de Paulo, de las instituciones de Cayo, y de las novelas de diferentes emperadores. En la época siguiente á la promulgacion de estos códigos, las leyes Teodoricianas regian para los godos, y los demas súbditos debian guardar las del Breviario de Aniano.

*Nota* 3, *pág.* 3. El Conde de la Cañada da á entender, como algunos historiadores han creido tambien, que el conde Don Sancho habia dado un fuero general para Castilla. El P. Burriel en su *informe sobre la igualacion de pesos y medidas* incurrió en este error, dando ocasion á que otros muchos continuaran en esta misma creencia inventando, para dar pruebas de su dicho, fábulas propias de la época en que vivió el esforzado conde Don Sancho; pero ni el P. Burriel ni los que han seguido su opinion presentan pruebas que justifiquen sus asertos, llevados hasta el punto de asegurar que Don Sancho hizo el citado código en el año de 1000.

Analizados los datos históricos, justifican aunque por una deduccion negativa, que entre el Fuero juzgo y las leyes de Partida no se dió á los españoles ningun otro código general. Entre otros fueros municipales se lee en el de Sepúlveda: "que si algun home de Sepulveda, matase »home de alguna parte de Castiella, peche la ochava »parte del homecillo que manda el fuero. Et si algun »home de Castiella matase home de Sepulveda, peche »cada uno qual fuero hobiere." Supónese con razon en virtud de esta ley del fuero, que los castellanos no tenian uno general, porque entonces no se refiriera á la pena que el fuero del pueblo del matador castellano impusiese, puesto que siendo uno solo, sería una misma la pena para todos. El fuero de Sepúlveda debió darse por Don Alonso el VI á fines del siglo XI, época en la que se repobló aquella villa, y por consiguiente este Fuero es posterior al supuesto de Don Sancho.

En el ordenamiento de las cortes de Nágera promulgado á mediados del siglo XII, se reconocen tambien diversos fueros en Castilla. "Esto es por fuero de Castilla, »dice en el título 3, que si algun fijodalgo ha demanda »contra otro, si la demanda es de mueble ó de heredad, »debel demandar primeramente por aquel logar do ha »fuero el demandado, é puedel prendar vasallo ó otra »prenda que no sea su cuerpo, por quelvenga á facer de»recho ante el alcalde de su fuero."

Finalmente el erudito historiador Marina en su *Ensayo histórico-crítico* despues de examinar copiosos datos, dice que el conde Don Sancho administraba justicia y daba á cada uno su derecho segun prescribian las leyes góticas; y para obligar á los castellanos á tomar las armas en defensa de la religion y de la patria, les concedió esenciones y franquezas, conocidas generalmente en aquella edad con el nombre de *buenos fueros.*

*Nota* 4, *pág.* 3. Convenimos desde luego en la reseña que hace el Conde de la Cañada de las alternativas que sufrió el fuero real acerca de su autoridad legislativa; pero no podemos menos de separarnos en dos puntos importantes. El rey Don Alonso X, no dió el fuero real para que sirviese de base á las decisiones del tribunal superior de justicia, sino para que se guardara por todos los tribunales del reino: mas como extinguiese los privilegios y franquicias que gozaban los ricoshomes y fijosdalgo de Castilla, se opusieron estos los primeros á su observancia, llegando las cosas al extremo de significar su resistencia con las armas, como aconteció en Lerma en donde se insurreccionaron negándole la obediencia. Débil en aquella época el trono para medir sus fuerzas con los magnates, adoptó Don Alonso los recursos de la prudencia, y reunió cortes en Burgos para oir á la nobleza y á los concejos, y hubo de ceder derogando el fuero real en 11 de Noviembre de 1272.

Tampoco es exacto que solo se dispensó á los castellanos de la observancia del fuero real. Es la verdad que estos fueron los primeros que mostraron su descontento; pero como el mal ejemplo de la desobediencia es tan contagioso, siguiéronles otros varios pueblos, y por último vino á ordenar Don Alonso que no se observara en los reinos de Leon, Extremadura, Toledo y Andalucía, y que

se rigieran y gobernasen por sus antiguos fueros municipales.

*Nota* 5, *pág*. 5. Por los últimos planes de estudios que han regido para la enseñanza en las universidades del reino, no se estableció ya la cátedra especial en que habian de explicarse las leyes de Toro, sin embargo de que siempre obtuvieron cierta preferencia en las explicaciones sobre las demas novísimamente recopiladas.

Tampoco son necesarios en el dia para recibirse de *licenciado en Jurisprudencia* los cuatro años de práctica que dice el Conde de la Cañada. Por real decreto de 1.º de Octubre de 1842, se dispone que los cursos de la carrera de jurisprudencia sean cuatro hasta el grado de bachiller, ocho hasta el de licenciado, y diez hasta el de doctor. "El programa de enseñanza de esta carrera, dice el art. 5 del citado decreto, comprenderá con arreglo á los artículos anteriores las asignaturas siguientes.—Primer curso; Prolegómenos del derecho, Elementos de historia y Derecho romano.—Segundo curso; Elementos de historia y Derecho civil y mercantil de España.—Tercer curso; Elementos de derecho penal, de Procedimientos, de Derecho administrativo.—Cuarto curso; Elementos de historia y de Derecho canónico—grado de bachiller.—Quinto curso; Códigos civiles españoles, el de Comercio, Materia criminal.—Sesto curso; Historia y disciplina eclesiástica general y especial de España, Colecciones canónicas.—Sétimo curso; Derecho político constitucional con aplicacion á España, Economía política.—Octavo curso; Academia teórica práctica de jurisprudencia—grado de licenciado."

Recibido el grado de licenciado en cualquiera de las universidades del reino, se remite el título al ministerio de la Gobernacion y por este se expide á los interesados el de abogado, sin el que no pueden ejercer esta profesion.

*Nota* 6, *pág*. 6. La doctrina que el Conde de la Cañada sienta en el núm. 33, se ha debatido en nuestros tiempos con calor excesivo, procurando indagar la residencia de la *Soberania*. Cuestion es esta, á cuyo término jamas se llegará, porque sosteniéndose el debate entre dos partes igualmente interesadas, sin juez competente é imparcial para definirla, es imposible que se avengan por el convencimiento de las mejores razones que se aleguen por una de las partes. La verdad legal, que nosotros reconocemos en esta materia, es la de que en el dia ningunos otros poderes pueden reconocerse mas que los formados con arreglo á la Constitucion del estado, y que las leyes que de los mismos dimanan por ningun título pueden dejar de obedecerse.

*Nota* 7, *pág*. 8. Despues de la extincion del Consejo real de España é Indias, al que en parte sustituyó el tribunal supremo de justicia, ha sido varia la jurisprudencia relativa á la presentacion de los títulos de doctor expedidos en las universidades; y como ya digimos en la *nota* 5, segun la legislacion vigente, la universidad en que se recibe el grado de licenciado en jurisprudencia, es la que remite el título de tal al ministerio de la Gobernacion por el que se expide el de abogado.

Los licenciados en Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares gozaban en otro tiempo el privilegio de ejercer la abogacía; mas en el dia éste como las demas regalías que disfrutaban se han abolido. Los licenciados en Salamanca juraban al conferirles el grado, que nunca consentirian en ser de nuevo examinados en ninguna otra parte: al presente continúan prestando este mismo juramento, no obstante la derogacion de sus privilegios.

*Nota* 8, *pág*. 8. En la época en que escribia el Conde de la Cañada el título de abogado, habilitaba para poder aspirar al desempeño del augusto cargo de la administracion de justicia; mas con posterioridad se han exigido otros requisitos. El decreto vigente en esta materia es el de 29 de Diciembre de 1839, en el que se especifican las circunstancias que deben concurrir en los que aspiren á obtener las plazas de promotores fiscales, jueces de primera instancia, magistrados de las audiencias ó ministros del supremo tribunal.

Para obtener el destino de promotor fiscal es necesario:

1.º Haber ejercido por dos años la profesion de abogado con estudio abierto y reputacion; cuyas circunstancias se acreditan debidamente, oyendo al tribunal en que se hubiese ejercido la abogacía.

2.º Haber desempeñado por igual tiempo en comision, sustitucion ó propiedad alguna relatoria, agencia fiscal, asesoría de rentas, ú otros cargos semejantes.

3.º Haber explicado por dicho tiempo alguna cátedra de Derecho en establecimiento aprobado.

Para aspirar á juez de primera instancia de entrada es preciso:

1.º Haber servido por dos años con buena nota una promotoria fiscal.

2.º Haber servido por cuatro años alguna relatoria, agencia fiscal, asesoría de rentas ú otros cargos semejantes, ó desempeñado cátedra de Derecho.

Para obtener juzgados de ascenso gozarán preferencia:

1.º Los que hayan servido en judicatura de entrada por lo menos tres años.

2.º Los que hayan servido en promotorias fiscales cinco años.

3.º Los que hayan servido agencias fiscales, relatorías &c. por espacio de ocho años: salvo si la abogacía se hubiese practicado en tribunales superiores con crédito, porque en este caso bastarán siete años.

Para juzgados de término podrán ser propuestos:

1.º Los que hayan servido por lo menos dos años en juzgado de ascenso, ó cinco en los de entrada.

2.º Los que lleven de servicio á lo menos siete años en promotorias.

3.º Los que por diez años hayan ejercido la abogacia ó agencias fiscales y demas cargos de que antes se hizo mérito, y si la abogacía se hubiese practicado en tribunal superior bastarán nueve años.

Los requisitos que son indispensables para optar á los cargos de ministros, para audiencias ó supremo tribunal de justicia se designan en los capítulos 3 y 4 del real decreto antes citado.

*Nota* 9, *pág*. 9. La Constitucion de 1837 en la facultad novena del artículo 46 concede al rey la de "nombrar todos los empleados públicos y conceder honores y distinciones de todas clases, con arreglo á las leyes." Compréndese muy bien que el artículo constitucional supone la existencia de leyes que arreglen los requisitos que deben concurrir en los empleados públicos para obtener el real nombramiento, y que el rey al poner en práctica la facultad que la Constitucion le concede, está obligado á no separarse de lo que las leyes del reino tengan prevenido. Sin embargo, el Conde de la Cañada se quejaba ya en su tiempo de que en las elecciones no se atendia al mérito personal de los agraciados, y del mismo abuso podemos quejarnos en el dia, lo que prueba que el cambio de las formas de gobierno contribuye demasiado poco á la mejor administracion. Los gobernantes de todos los tiempos y en todos los sistemas de gobierno debieran tener en cuenta que los destinos públicos no son su patrimonio, y por lo mismo que al disponer de ellos deben ante todo consultar al bien general para la eleccion.

En los nuevos códigos acaso se tendrán en cuenta sobre este particular dos verdades que para nosotros lo son y de mucha trascendencia: primera, que en la administracion de justicia es preciso dejar encomendada á la prudencia judicial una gran parte en la calificacion de los hechos; y segunda, que la garantía mas segura de la recta administracion consiste en un buen sistema electivo de funcionarios. El artículo constitucional solo permite al rey el nombramiento de empleados; pues determínese que un tribunal ó junta haya de revisar los expedientes de los aspirantes, y que para poder ser elegidos hayan de obtener la aprobacion de esta junta ó tribunal, y sin despo-

jar al rey de la facultad de elegir se conseguirá que no abuse de este derecho tan interesante al bien general.

*Nota* 10, *pág*. 9. Organizados los tribunales y juzgados bajo un nuevo sistema, se han suprimido algunos de los que existian en los tiempos en que escribia el ilustrado Conde de la Cañada, y en los que han reemplazado á otros se ha variado el personal en distintas formas. Desaparecieron los alcaldes de corte, mayores y corregidores, y no se llaman en el dia los jueces de las audiencias oidores. Tampoco se distingue al presente entre las audiencias y chancillerías, porque estas últimas no existen. Las alcaldías mayores y corregimientos se han sustituido con los juzgados de primera instancia, cuyas atribuciones se limitan exclusivamente á lo contencioso, segun el artículo 39 del reglamento provisional para la administracion de justicia. Tambien se abolieron las jurisdicciones esentas que ejercian los alcaldes legos de las villas que en otro tiempo habian obtenido esta gracia por concesiones especiales de los monarcas: en términos que, salvo en aquellos casos en que los alcaldes pueden conocer de juicios verbales segun el reglamento, no se conoce mas jurisdiccion ordinaria en primera instancia que la que ejercen los jueces que llevan este mismo nombre en sus respetivas demarcaciones.

Los tribunales de segunda y tercera instancia son en el dia las audiencias; entre las que hay entera igualdad é independencia, y solo la de Madrid por el mayor sueldo que disfrutan sus magistrados, tiene la consideracion de ascenso para todas las demas. Las facultades y atribuciones son las que les señala el reglamento provisional para la administracion de justicia y las ordenanzas.

El tribunal supremo de justicia reemplazó en algunas de sus atribuciones al Consejo, pero no en todas ellas: y dudando acerca del tribunal que habia de conocer de las apelaciones, competencias, recursos de injusticia notoria, segunda suplicacion, y de las demas de que en la parte judicial conocia el Consejo de Indias, con arreglo á la jurisprudencia de estos dominios, se expidió en 13 de Mayo de 1837 el real decreto, cuya parte dispositiva dice: "Se autoriza al tribunal supremo de justicia para que, por ahora, conozca de las apelaciones, competencias, segundas suplicaciones, recursos de injusticia notoria (*hoy recursos de nulidad*) y los demas judiciales de que conocia el suprimido Consejo de Indias: fallando sobre ellos con arreglo á las leyes vigentes y establecidas para los dominios de Ultramar."

*Nota* 11, *pág*. 11. En el formulario de la demanda que inserta el Conde de la Cañada, concluye el cuerpo del escrito exponiendo genéricamente la causa por la que el demandante comparece en el tribunal á usar de los recursos de que la ley le provee. La delicadeza y buena fe exigen que el acreedor antes de citar ante la autoridad al deudor, intente por medios amistosos conseguir el reembolso ó pago de las cantidades que se le adeudan ó la posesion de lo que le pertenece; y tan conveniente es dar semejantes pasos, como que cuando de este modo se obra, debe suponerse buena fe en el demandante, previniendo con esta decorosa conducta á su favor el ánimo del juez. Sin embargo esta parte de la demanda, que antes solo comprendia la relacion de hechos voluntarios, debe sustituirse en el dia con la de otro legal y necesario. En efecto, segun el reglamento provisional, no puede entablarse demanda alguna civil ni ejecutiva, susceptible de avenencia entre las partes, sin que se justifique haber intentado la conciliacion. Síguese de aquí que en lugar de hacer mérito en la demanda, de que al demandado se le habian hecho insinuaciones relativas al pago, ó lo que sea objeto de aquella, deberá hacerse mérito de que se intentó celebrar, ó celebró juicio de paz del que no resultó avenencia, y por siguiente, obligado el acreedor á justificar que ha cumplido con este requisito legal, debe hacer presentacion de la certificacion que lo acredite. Asi pues la súplica se concebirá en los terminos siguientes.= Suplico á Vd. que habiendo por presentados el poder referido y certificacion de haber intentado la conciliacion &c.

*Nota* 12, *pág*. 17. Reconocidos por la ley fundamental del estado tres poderes independientes entre sí, porque sin esta propiedad esencial dejarian de serlo, se han separado, la potestad legislativa, la ejecutiva y la judicial; y encomendado á diferentes personas ó cuerpos el cumplimiento de las atribuciones que caracterizan á cada uno de aquellos poderes. Partiendo de estas bases el art. 63 de la Constitucion de 1837 declara que "á los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado." Síguese de aquí que con arreglo á las leyes vigentes no pertenece al rey el oficio de juzgar las causas de sus vasallos, como dice el Conde de la Cañada en el párrafo á que nos referimos, no obstante que la justicia se administre en nombre del rey, *art*. 71 *de la Constitucion de* 1845.

La Constitucion de 1812, cuyo título V se ha restablecido por decreto de las córtes de 16 de Setiembre de 1837, ordena en el art. 243, que ni las córtes ni el rey puedan ejercer en ningun caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos. El siguiente art. 244 previene que el órden y formalidades del proceso se determinen por las leyes; que sean uniformes en todos los tribunales, y que ni las córtes ni el rey puedan dispensarlas.

En otro tiempo el rey, como soberano, en quien por consiguiente residian todos los poderes, podia legalmente distribuir las provincias, erigir tribunales, y señalar á cada uno de estos los límites de su autoridad y jurisdiccion. Al presente tampoco corresponde al rey el ejercicio de semejantes atribuciones. Segun el art. 64 de la Constitucion de 1837 "las leyes determinarán los tribunales y juzgados que ha de haber, la organizacion de cada uno de ellos, sus facultades, el modo de ejercerlas y las calidades que han de tener sus individuos."

*Nota* 13, *pág*. 22. Los abusos continuos que se han observado en la práctica de los juzgados y tribunales han hecho necesarios varios recuerdos preventivos de que no fuese necesaria la acusacion de mas de una rebeldía para declarar contumaz y rebelde. La ley recopilada que el Conde de la Cañada cita se propuso corregir aquellos abusos, pero no lo consiguió: despues de su publicacion continuaron los juzgados exigiendo la acusacion de tres rebeldías. Los autores del reglamento provisional reconocian la necesidad de remediar las dilaciones, gastos y perjuicios que á los litigantes causaba la práctica abusiva, y en la regla segunda del art. 48 se previene "que sean precisos y perentorios como corresponde los términos que las leyes recopiladas señalan para el emplazamiento del demandado en los juicios ordinarios para la contestacion de la demanda, oposicion y prueba de las excepciones y reconvenciones y escritos de réplica y duplica; y que el juez bajo su mas estrecha responsabilidad no pueda nunca prorogar estos términos sino por causa justa y verdadera que se exponga, y por el tiempo absolutamente necesario, con tal que la próroga no exceda en ningun caso del término señalado por la ley: debiendo bastar siempre el que se acuse una sola rebeldía, cumplido que sea el término respectivo, para que sin necesidad de especial providencia se despache el apremio y se recojan los autos á fin de darles su debido curso."

Con la precedente regla del reglamento provisional ha sucedido lo mismo que con las leyes anteriores: apenas hemos visto un juzgado en el que se practique la parte relativa á rebeldías con el rigorismo que se previene. Bien conocemos que cuando se trata de un hecho material, como el de la entrega de los autos, es muy dificil hacerlo cumplir á un litigante de mala fe, porque al pasar el alguacil, á menos que éste hubiera de usar de la fuerza para tomarlos del estudio de un procura-

dor, claro es que pagando el apremio, continuará con ellos en su poder fuera del término, y habrá que expedir otro nuevo, de modo que ya no se cumple la disposicion literal de la ley. Los jueces, acusada la rebeldía, debieran acordar que se recojan los autos, permaneciendo el alguacil con un diario en casa del procurador hasta la devolucion, y si la parte pide término y el juez le concede, al dar providencia señalándole, conviene que prevenga en la misma que si no devuelve los autos dentro de los dias por los que le ha otorgado la próroga, sin necesidad de nueva acusacion de rebeldía se declarará contumaz al moroso.

En los juicios de menor cuantía establecidos por la ley de 10 de Enero de 1838 se concede al demandado el término de nueve dias para contestar á la demanda, y si dentro de ellos no lo hiciese, impone al escribano la obligacion de recoger los autos, y dando cuenta al juez de haberlo ejecutado, este debe dar providencia recibiendo el pleito á prueba. La circunstancia de haber de recogerse los autos sin que la parte demandante lo pida, introduce dos novedades en esta clase de juicios: primera, la de que se continúan sin necesidad de que las partes los promuevan, al contrario que en los demas civiles, porque como sostiene con razon el señor Conde de la Cañada, como que se trata de intereses exclusivamente suyos, solo á su instancia deben continuarse; y segunda, que en los tales juicios de menor cuantía no es necesaria la acusacion de rebeldía, ni por tanto la declaracion de rebelde y contumaz al que no contesta.

*Nota* 14, *pág.* 38. El reglamento provisional en la regla quinta del art. 48 reproduce la doctrina consignada en la ley recopilada á que se refiere el señor Conde de la Cañada. Despues de la publicacion de esta cesaron en gran parte los abusos que la hicieron precisa; pero los litigantes temerarios dirigidos por defensores de escasa conciencia han puesto en juego otro medio de entorpecer la marcha del procedimiento: proponen á cada paso artículos de prévio y especial pronunciamiento para no contestar á la demanda y ganar tiempo, cuando menos, y molestar al contrario. Reconocióse por los autores del reglamento provisional la necesidad de poner coto á tales abusos, y en la regla tercera del art. 48 ordenaron que no se admitan otros artículos de prévio y especial pronunciamiento que los que las leyes autorizan, y solo en el tiempo y en la forma que ellas prescriben. Justa y equitativa es esta disposicion, pero oscura cuando menos, porque se refiere á una cosa que no existe, al menos con la denominacion que se la da. No se hallará por cierto ley alguna que use las palabras *artículo de prévio y especial pronunciamiento*, y por lo mismo si los jueces hubieran de cumplir con toda escrupulosidad la disposicion citada del reglamento jamas admitieran artículos. Sin embargo, casos hay en los que la denegacion de audiencia sobre un artículo seria injusta, porque la repulsa de este hiciera que se continuase un procedimiento que se volviera despues inútil. Los jueces por tanto deben medir con prudencia las circunstancias y admitir ó denegar los escritos en que se propongan artículos, teniendo en cuenta la influencia que pueden ejercer en el juicio.

No obstante la disposicion de la ley recopilada 1, título 14, lib. 11 de la Nov. Recop. en los juicios de menor cuantía de dos mil reales, solo se admiten dos escritos antes de la conclusion para prueba, uno de la parte demandante y otro de la demandada.

*Nota* 15, *pág.* 42. Respecto á los términos de que trata el señor Conde de la Cañada puede verse lo que digimos en la *nota* 13 refiriéndonos al reglamento provisional y ley de 10 de Enero de 1838.

*Nota* 16, *pág.* 43. Lo que la ley recopilada previene en cuanto al Consejo, debe entenderse en el dia aplicable al tribunal supremo de justicia. Este lo mismo que las audiencias, despues de la publicacion del reglamento provisional, no permiten acusar sino una sola rebeldía, pero propensas á conceder términos, dan lugar á que cada vez que estos espiran, acusen los procuradores otra, de modo que apenas se cumple exactamente la disposicion legal. Fuera, pues, conveniente que se acordara al conceder término en la forma que aconsejamos anteriormente deben hacerlo los jueces de primera instancia.

*Nota* 17, *pág.* 92. La mala fe de los litigantes ha hecho necesarias diferentes reglas en el órden de sustanciacion, las que contribuyen á impedirla. La ley apetece hallar la verdad en los juicios, porque sin conocerla difícilmente se consigue el fin sagrado de la justicia. Para alcanzarle hízose necesaria la prevencion de que los demandantes acompañen á las demandas los títulos ó escrituras en que funden sus derechos, consiguiéndose de este modo, lo primero, que el demandado, á quien de ellos se confiere traslado, pueda imponerse y contestar afirmativa ó negativamente, en lo que lleva tambien un beneficio el demandado; y lo segundo, que no sea fácil la falsificacion de documentos ó pruebas de cualquier género para combatir lo alegado en defensa. Por desgracia las leyes que de esta materia trataron, cayeron en inobservancia, y por lo mismo el reglamento provisional, regla primera, art. 48 previno que no se admitiesen demandas que no fuesen acompañadas de los requisitos que exigen las leyes 1 y 4, tít. 3, lib. 11 de la Nov. Recop., y con especial expresion si no se presentasen con ellas *todas* las escrituras con qué el actor intente probarlas, prohibiendo su admision en caso de incurrir en este defecto, á menos que juren que no habian llegado hasta entonces á su noticia.

Esta limitacion de la regla general deja abierta entrada á los fraudes, porque la facilidad con que se falta impunemente al juramento, contribuye á que los litigantes diestros y maliciosos reserven la presentacion de documentos para cuando es difícil la contra-prueba. Para evitar abusos tan perniciosos será conveniente que los defensores de los demandados cuiden especialmente de no contestar á las demandas que no vayan acompañadas de las escrituras que las sirven de fundamento; y que los jueces sean escrupulosos para admitirlas cuando se presentan con posterioridad, porque el juramento no es de tal fuerza que le quiera dar la ley mas valor que á la evidencia. Si consta que el documento ó escritura obraba en poder del actor al presentar la demanda, por mas que este jure no haber llegado á su noticia, exhibiéndole despues no se le debe admitir, para producir efecto.

Las mismas reglas que para el demandante establece el reglamento provisional, son aplicables al reo que usa de la reconvencion, porque respecto á la demanda que formaliza cambia su condicion en la de actor.

*Nota* 18, *pág.* 94. Véase lo expuesto en la *nota* 6.

*Nota* 19, *pág.* 94. La doctrina que el señor Conde de la Cañada sienta en los números 30 y 31 envuelve una acusacion contra los tribunales de justicia que se apartan del cumplimiento de las leyes. Repetidas veces ha sido necesario encargarles que no se separen en las actuaciones ni en las providencias que dicten de lo que las leyes dispongan, y últimamente asi se les ha encargado por el art. 4.° del reglamento provisional para lo concerniente á los juicios. La ley recopilada que dió autoridad á las comprendidas en el código de este nombre, prohibe tambien fallar por prácticas y costumbres, y desconoce el no uso como medio de derogar las leyes. Los tribunales sin embargo se separan de los preceptos de la ley en muchos casos, principalmente en la parte penal, y no obstante que convengamos con el señor Conde de la Cañada en que cuando las leyes no estan de acuerdo con el bien público que de ellas se espera, deben representar los perjuicios al poder legislativo, que hoy reside en las córtes con el rey; esta teoría en muchos casos seria perniciosa y acarrearia daños irrepa-

rables. Leyes encierran nuestros códigos que por todos son reconocidas por absurdas, ó cuando menos por duras y contrarias á la civilizacion y costumbres de nuestra época, y algunas tambien estan en desacuerdo con la ley fundamental del estado, pero que no por eso pueden considerarse derogadas. Pues bien, cuando los tribunales se ven obligados á dictar su fallo dentro de un término dado, y la pena legal produce un efecto irreparable, ¿deberán fallar con arreglo á aquella? ¿Valdrá tanto la teoría sentada por el señor Conde de la Cañada, que siguiéndola se haya de sacrificar inhumanamente á un desgraciado? Al escribano falsario le castiga la ley con la pena de cortarle la mano derecha: este castigo es atroz; el tribunal no tiene tiempo para consultar; ¿deberá imponerle? Cuando en un estado las leyes son defectuosas conocidamente, la culpa del desuso que hagan los tribunales, recae sobre el legislador indolente que no las reforma.

*Nota* 20, *pág.* 109. El reglamento provisional y la ley de 10 de Enero de 1838 han establecido reglas en la sustanciacion, que necesitan tenerse presentes para estudiar el capítulo primero de la segunda parte del juicio ordinario en que el señor Conde de la Cañada trata de la nulidad de la sentencia difinitiva. Unas y otras disposiciones insertamos á continuacion, porque interesa tener á la vista el testo.

Art. 41 del reglamento provisional. "De las demandas que pasando de la cantidad expresada en el artículo precedente (la de quinientos reales) no excedan en la Península é Islas adyacentes de los cuarenta mil maravedises que fija la ley 11, tít. 20, lib. 11 de la Novís. Recop., y del cuadruplo en Ultramar, conocerán los jueces de primera instancia por juicio escrito conforme á derecho; simplificando y abreviando los trámites cuando lo permitan las leyes y el esclarecimiento de la verdad, sin que contra la sentencia que dieren haya lugar á otro recurso que, ó al de apelacion para ante el ayuntamiento de la capital del partido judicial respectivo, con arreglo al espíritu benéfico de la citada ley, ó el de nulidad para ante la real audiencia del territorio, cuando el juez hubiese dado su fallo contra alguna ley clara y terminante, ó violado cualquier trámite esencial de las leyes que arreglan el procedimiento: siempre que en este último caso la violacion haya sido formal y expresamente reclamada en valde antes de la sentencia, si hubiere podido serlo."

Art. 42. "En el caso de interponerse alguno de estos recursos, se observarán las reglas siguientes:

1.ª »La parte agraviada deberá interponer uno ú otro ante el mismo juez que hubiese dado la sentencia, y dentro del preciso término de cinco dias siguientes al de su notificacion; só pena de que, pasado sin hacerlo quedará firme y ejecutoriada la sentencia.

4.ª »Si se interpusiese recurso de nulidad, deberá el juez admitirlo sin otra circunstancia, á menos que no fuese improcedente, con arreglo á lo prescrito en el final del artículo anterior: y admitido remitirá á la audiencia los autos originales á costa del que hubiese interpuesto el recurso, citándose y emplazándose antes á las partes para que acudan á ella á usar de su derecho. Pero si alguna pidiere antes de la remision que quede testimonio de dichos autos, lo dispondrá asi el juez á costa de la misma.

5.ª »La interposicion del recurso de nulidad no impedirá que se lleve á efecto la sentencia del juez, siempre que la parte que la hubiere obtenido preste fianza correspondiente de estar á las resultas si se repusiere el proceso ó la sentencia."

Las precedentes disposiciones del reglamento provisional á nuestro entender quedaron derogadas por la ley de 10 de Enero de 1838, porque siendo la única que trata de los juicios por cantidad menor de dos mil, sus reglas serán las que rijan en todo lo perteneciente á ellos. La insertamos á continuacion para tenerla presente en todos los trámites del juicio declarativo en que no se halla conforme con los del ordinario.

LEY DE 10 DE ENERO DE 1838.

Artículo primero. Los pleitos en que el valor de la cosa litigiosa excediendo de veinte y cinco duros, no pasé de ciento, se denominarán de menor cuantía, y se sustanciarán por los trámites y bajo las reglas que se prescriben en esta ley.

Art. 2.° Empezarán por un escrito breve en que se proponga la accion ó demanda con la claridad y los demas requisitos que exigen las leyes.

Art. 3.° Del escrito de demanda se conferirá traslado al demandado por el término de nueve dias, dentro de los cuales deberá presentarse la contestacion, y pasados, el escribano hará recoger los autos con escrito ó sin él, sin que se necesite para ello peticion de la parte ni mandato del juez.

Art. 4.° Si el demandado formare algun artículo de no contestar ó de prévio pronunciamiento, no dejará por eso de contestar subsidiariamente sobre lo principal.

Art. 5.° Recogido el pleito como se dispone en el art. 3.°, se proveerá auto señalando el dia en que las partes han de hacer su respectiva prueba. El dia que se señale ha de ser posterior al quinto, y anterior al duodécimo, siguientes al de la fecha de dicho auto.

Art. 6.° En el intermedio desde esta providencia hasta el dia de la prueba, se manifestarán los autos en la escribanía á las partes ó á sus defensores, si lo apetecieren; la actora para enterarse de la contestacion á la demanda, y ambas para preparar sus probanzas con el debido conocimiento. Por esta manifestacion de los autos no devengará derechos algunos el escribano.

Art. 7.° El dia señalado para la prueba producirán el demandante y el demandado la que les convenga, instrumental, testifical, por juramento deferido ó referido, ó por posiciones. La propondrán verbalmente, y del mismo modo las posiciones y las preguntas que hayan de hacerse á los testigos.

Art. 8.° Todo lo relativo á las pruebas se expresará breve, pero claramente, en una diligencia que se extenderá en el acto, y que firmarán el juez, el escribano, las partes, sus defensores, si hubiesen asistido, y los testigos que supieren escribir.

Art. 9.° Si por cualquier causa no se pudiesen concluir ambas pruebas en el mismo dia, se continuarán en los dos siguientes; y si dentro de los tres se señalare y ofreciere presentar algun testigo que esté ausente, se podrá prorogar el término probatorio por otros ocho dias, pero para el solo efecto de examinar el testigo ó testigos señalados. Tambien podrán ser examinados antes del término de prueba los testigos que esten para ausentarse.

Art. 10. Los interesados que litigan y sus defensores presenciarán, si les conviniere, todos los actos de la prueba, así de la suya como de la contraria, y podrán hacer á los testigos todas las preguntas que sean convenientes al asunto.

Art. 11. Dentro de los primeros cuatro dias despues de concluido el término de prueba pronunciará el juez la sentencia, en la que decidirá lo que corresponda sobre algun artículo, si se hubiese formado y sobre lo principal; pero si el artículo es de los que perimen la accion ó impiden el progreso *ad ulteriora*, decidiéndose que tiene lugar, no se fallará sobre lo principal.

Art. 12. Cuando el artículo se funde en que el pleito no es de cuantía señalada en esta ley, si se declara así porque el valor de la cosa litigiosa no pase de veinte y cinco duros, el juez decidirá tambien sobre lo principal; pero si es porque exceda de cien duros, se repondrá el pleito al estado de la contestacion de la demanda, y se proseguirá por los trámites señalados para

los pleitos de mayor cuantía. En ambos casos pagará el actor, en el primero todas las costas, y en el segundo las causadas desde dicha contestacion.

Art. 13. La sentencia no apelada se tiene por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada por ministerio de la ley y sin necesidad de declaracion judicial. Transcurrido el término de la apelacion, el juez ejecutará la sentencia.

Art. 14. Si se interpusiese apelacion dentro de los cinco dias señalados por la ley, el juez la admitirá lisa y llanamente y sin dar traslado, mandando que se cite á las partes para que dentro de quince dias acudan por sí ó por medio de procurador á la audiencia territorial, á la que se remitirán los autos á costa del apelante.

Art. 15. Llegados los autos á la audiencia, hecho el repartimiento inmediatamente que haya transcurrido el término de la citacion ó emplazamiento, se dará cuenta á la sala á que corresponda; y esta mandará pasar los autos al relator, señalando desde luego el dia de la vista, que ha de ser uno de los seis primeros siguientes.

Art. 16. El dia señalado dará cuenta el relator sin formar extracto ni apuntamiento, pero leyendo á la letra lo que sea necesario especialmente en las diligencias de prueba. No asistirán abogados; mas se permitirá que hablen las partes ó sus procuradores sobre los hechos.

Art. 17. Los pleitos de menor cuantía pueden verse y determinarse en segunda instancia por tres magistrados, de los cuales hacen sentencia dos votos conformes.

Art. 18. Si la sentencia de vista confirma en todas sus partes la del juez de primera instancia, causa ejecutoria. Si la revoca por los votos conformes de todos los magistrados que vean el pleito tambien causa ejecutoria. En la misma sentencia se expresará si es por unanimidad ó por mayoría absoluta lo que se falle ó resuelva.

Art. 19. Cuando la sentencia de vista no cause ejecutoria, podrá suplicar de ella la parte que se crea agraviada; y admitida la súplica sin dar traslado, se señalará dia para la revista dentro de los seis primeros siguientes.

Art. 20. La revista se verificará por dos magistrados diversos y en los mismos términos que quedan prevenidos para la vista. Estos magistrados se reunirán con los que vieron antes el pleito, votarán unos y otros, y lo que resulte acordado por la mayoría hará sentencia y causará ejecutoria.

Art. 21. Ni el relator, ni el escribano de cámara, ni otros subalternos percibirán sus derechos mientras esté pendiente el pleito en la audiencia. Despues de ejecutoriado podrán recibirlos si las partes ó sus procuradores se los pagan voluntariamente. Cuando no se verifique esto, el escribano de cámara, sin mandato del tribunal, pasará los autos al tasador para que regule los derechos.

Art. 22. Fenecido el pleito en la audiencia, el escribano de cámara, tambien sin mandato del tribunal, devolverá los autos al juzgado inferior con una certificacion á la letra de la sentencia ó sentencias de la audiencia y de la tasacion de costas, si la hubiere.

Art. 23. En virtud de esta certificacion llevará el juez de primera instancia á puro y debido efecto la sentencia que haya causado ejecutoria, y exigirá de quien corresponda las costas comprendidas en la tasacion, cuyo importe se remitirá á la escribanía de cámara para su distribucion entre los interesados.

Art. 24. En la ejecucion de la sentencia y en la exaccion de las costas procederá el juez de plano, sin permitir gastos y dilaciones que puedan escusarse. Para ello, si requerido el deudor no pagare dentro de dos dias, se embargarán y venderán en almoneda pública bienes suficientes; los muebles á los tres dias, y los raices á los nueve, pregonándolos de tres en tres.

Art. 25. En toda la sustanciacion de los pleitos de menor cuantía no se admitirán mas escritos que el de demanda y contestacion. Sin embargo, la apelacion y la súplica se pueden interponer por escrito ó *in voce*. En el último caso se anotará por diligencia formal, y lo mismo se hará con otras peticiones verbales ó requerimientos que hagan las partes.

Art. 26. Los escribanos notificarán todas las providencias en el dia de la fecha de estas, ó á mas tardar al siguiente.

Art. 27. Todos los términos señalados en esta ley son perentorios é improrogables; pero no se contarán en ellos los dias festivos en que vacan los tribunales.

Art. 28. Los jueces de primera instancia y las audiencias cuidarán muy particularmente, y bajo su responsabilidad, de que se cumpla lo establecido en la ley, y de que no se contravenga á ella por ningun motivo ni pretesto.

*Nota* 21, *pág*. 112. Ya hemos dicho que los recursos de nulidad pueden interponerse únicamente ante los jueces inferiores ó en las audiencias, cuando se trata de sentencias dadas en primera instancia; y por consiguiente, cuando ante estas interpongan el tratamiento será el de excelencia. De los recursos de nulidad ante el tribunal supremo de justicia hablaremos en otro lugar.

*Nota* 22, *pág*. 112. Despues que se extinguieron las chancillerías y se establecieron solo audiencias, como tribunales de alzada, se publicaron sus ordenanzas para las mismas en 20 de Diciembre de 1835. Previenen en el art. 1.º que las reales audiencias, incluso el consejo de Navarra (hoy audiencia de Pamplona), son en todo el reino los tribunales superiores de su respectivo territorio, y cada una residirá en la capital del suyo. Cada una de las audiencias lleva el nombre de la capital respectiva; excepto las de Mallorca y Canarias.

El art. 2.º de las ordenanzas citadas determina el territorio que á cada una de las audiencias corresponde en los términos siguientes.

De la de Madrid: las provincias de Ávila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo. = De la de Albacete: las provincias de Albacete, Ciudad-Real, Cuenca y Murcia. = De la de Barcelona: las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona. = De la de Burgos: las provincias de Álava, Burgos, Guipúzcoa, Logroño, Santander, Soria y Vizcaya. = De la de Cáceres: las provincias de Badajoz y de Cáceres. = De la de Canarias: las islas de su nombre. = De la de la Coruña: las provincias de la Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra. = De la de Granada: las provincias de Almería, Granada, Jaen y Málaga. = De la de Mallorca: las de las islas Baleares. = Del consejo real de Navarra: la provincia de su nombre. = De la de Oviedo: la provincia de su nombre. = De la de Sevilla: las de Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla. = De la de Valencia: las de Alicante, Castellon de la Plana y Valencia = De la de Valladolid: las de Leon, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora. = Y de la de Zaragoza: las de Huesca, Teruel y Zaragoza.

*Nota* 23, *pág*. 119. El art. 69 del reglamento provisional terminó las dudas que podian ocurrir, y de que se hace cargo el señor Conde de la Cañada, sobre la sustanciacion de los recursos de nulidad. Previénese en aquel, que luego que sean remitidos los autos del juzgado de primera instancia á la audiencia, se manden entregar á las partes por su órden y á cada una por un término que no pase de nueve dias, para el solo objeto de que se instruyan los defensores para presentarse despues á informar en estrados, si quisiesen hacerlo; y pasado el término por el que se les hubiesen entregado se señalará dia para la vista y fallar lo que corresponda. *De lo que se fallare no habrá lugar á súplica*. Así, pues, el reglamento llevó mas adelante el pensamiento de poner término á los pleitos que lo habian hecho las leyes recopiladas.

En la *nota* 20 insertamos la ley de 10 de Enero de 1838, segun la que no ha lugar al recurso de nulidad en los pleitos por cantidad de dos mil reales, y por consiguiente el art. 69, de que acabamos de hacer mérito, tendrá solo aplicacion á los pleitos que, excediendo de aquella cantidad, no pasen de cinco mil reales.

Respecto á los que monten mas de los cinco mil reales, deberá guardarse la doctrina sentada por el señor Conde de la Cañada en el cap. 1. parte 2.

En cuanto á los recursos de nulidad de los negocios pendientes en súplica ante las audiencias puede verse lo que exponemos en la *nota* 48.

*Nota* 24, *pág*. 125. El reglamento provisional, como despues veremos, no resolvió las dudas á que da lugar la regla generalísima, de que no son apelables las sentencias interlocutorias sino en el caso de que tengan fuerza de difinitivas ó de que su gravámen sea irreparable por medio de estas. Sin embargo por real decreto de 8 de Octubre de 1835, adicional al reglamento, se acordó que en las apelaciones de autos interlocutorios se observe lo establecido en el art. 69 del mismo; en términos que en el dia se sustancian estas apelaciones en la forma que antes digimos de los recursos de nulidad.

*Nota* 25, *pág*. 125. Para determinar los casos en que la apelacion de las sentencias ha de ser admisible en uno ó en ambos efectos preciso es atenerse á lo dispuesto en los artículos 49 y 50 del reglamento provisional. Segun el primero en los juicios sumarísimos de posesion será siempre ejecutiva la sentencia del juez de primera instancia sin embargo de apelacion, la cual no se admitirá sino en el efecto devolutivo, é interpuesta y admitida mandará el juez que el apelante elija entre la remision de los autos á la audiencia en compulsa á su costa, ó entre la ejecucion plena de la sentencia para remitirlos despues. El art. 50 previene que en los demas casos en que conforme á la ley sea admisible la apelacion en ambos efectos, el juez admita lisa y llanamente la que se interpusiere, y desde luego remita á la audiencia los autos originales á costa del apelante con citacion y emplazamiento, y sin exigir derechos algunos con el nombre de compulsa. En este último caso el juez desde el momento que admitió la apelacion concluyó con su jurisdiccion, y por consiguiente debe suspender la ejecucion de la sentencia hasta que se le comunique la real provision comprensiva de la que recaiga en el tribunal superior.

*Nota* 26, *pág*. 125. El recurso de segunda suplicacion fué abolido por real decreto de 4 de Noviembre de 1838 y sustituido con el de nulidad, de que hablaremos en la *nota* 48.

*Nota* 27, *pág*. 125. La sentencia de que se interponga el recurso de nulidad, que ha sustituido á la segunda suplicacion, se ejecutará, si lo solicitare la parte, dando fianzas suficientes de estar á las resultas. Para este efecto se sacará el testimonio oportuno de la sentencia y demas que sea necesario.

*Nota* 28, *pág*. 128. En los casos de que hace mérito la ley recopilada serian mucho mayores los males que resultarian de que se suspendiese la ejecucion de la sentencia, que de ejecutarla: y esta ley debe servir de regla para interpretar el art. 50 del reglamento provisional, porque en este no se determinan los casos en que es admisible la apelacion en uno ó mas efectos, sino que se refiere á lo establecido por las leyes.

*Nota* 29, *pág*. 132. La ley recopilada que cita el señor Conde de la Cañada, está derogada por los artículos 1.º, 2.º y 3.º de las ordenanzas generales de las audiencias, de que anteriormente hemos hecho mérito. Extinguidas hoy las dos chancillerías de Valladolid y Granada, las apelaciones van á la audiencia del territorio á que corresponda el juzgado que conoció de la primera instancia.

*Nota* 30, *pág*. 136. La doctrina que sienta el señor Conde de la Cañada está en oposicion con las últimas disposiciones de que hemos hecho mérito. Admitida la apelacion en ambos efectos, remite el inferior los autos al tribunal de alzada, en los términos que previene el art. 50 del reglamento provisional, de modo que es absolutamente imposible que el apelante pueda presentarse en la audiencia con el objeto de que la sala expida la real provision que anteriormente se expedia; á menos que el juez de primera instancia por un abuso de autoridad resista la remision de los autos despues de admitida la apelacion, ó en el caso de que esta se otorgare en un solo efecto, y que el apelante quiera se compulse el proceso, dilate la extension del testimonio maliciosamente; en estos casos se acude en queja, pidiendo á la sala que dé órden al juez para la remision de aquellos.

Sentados estos antecedentes; infiérese que el procurador del apelante debe limitarse en su primer escrito á presentar el poder, pidiendo que se le tenga por parte, y que se le entreguen los autos para mejorar la apelacion.

*Nota* 31, *pág*. 157. Respecto de los pleitos en que ha ó no lugar á la súplica, se han prefijado reglas en los art. 66 y 67 del reglamento provisional, y en la ley de 10 de Enero de 1838, que no estan en armonía con la doctrina que sienta el señor Conde de la Cañada. En los juicios sumarísimos dice el art. 66: en los cuales debe ser siempre ejecutiva la sentencia de primera instancia, sin embargo de apelacion, no habrá lugar á súplica de la sentencia de vista, confirme ó revoque la del juez inferior. En los plenarios se podrá suplicar en el solo caso de que la sentencia de vista no sea enteramente conforme á la de primera instancia, y la entidad del negocio exceda de quinientos duros en la Península é Islas adyacentes, y de mil en Ultramar.

Algunos autores prácticos posteriores al reglamento provisional notan que el art. 66 hace mérito únicamente de los juicios sumarísimos y de los plenarios de posesion, y nada dice respecto á los sumarios que tambien se conocen: por manera que este silencio los hace dudar, si en ellos tendrá lugar la regla establecida en cuanto á los sumarísimos ó la prefijada para los plenarios. En nuestra opinion en el juicio sumario no ha lugar á la súplica, ya porque se confunden con los sumarísimos, y por esta causa es de presumir no se haya hecho mérito de ellos, ya tambien porque no causan estado, razon por la que en los que menciona el art. 66 no se admite la tercera instancia.

El 67 se ocupaba de los juicios sobre propiedad y previene, que cuando la cuantía no pase de doscientos cincuenta duros en la Península é Islas adyacentes, y de quinientos en Ultramar, no habrá tampoco lugar á súplica de la sentencia de vista, la cual causará ejecutoria, sea que confirme ó que revoque la de primera instancia.

Tambien causará ejecutoría, y no habrá lugar á súplica, cuando la sentencia de vista sea enteramente conforme á la de primera instancia en pleito sobre propiedad, cuya cuantía no exceda de mil duros en la Península é Islas adyacentes, y de dos mil en Ultramar.

Pero en todos estos últimos casos deberá admitirse la súplica cuando el que la interponga presente nuevos documentos, jurando que los encontró nuevamente, y que antes no los tuvo ni supo de ellos, aunque hizo las diligencias oportunas.

La ley de 10 de Enero de 1838 introdujo nuevo derecho en cuanto á las súplicas de los pleitos de que trata la primera parte del art. 67 del reglamento. Nótanse entre aquella y este las siguientes variaciones: primera, por razon de la cantidad, puesto que la ley señala, como máximum para los pleitos de que trata, la cantidad de cien duros, y el artículo reglamentario la de doscientos cincuenta: segunda, por razon de las sentencias, porque la ley distingue entre las de vista en que todos los magistrados unánimes votan una misma, y las en que no hubo uniformidad, y el reglamento todas las equipara: así es que segun

la ley dada la votacion uniforme, aunque de la sentencia sea revocatoria, no ha lugar á la súplica, mas si confirma en todas sus partes, causa tambien ejecutoria.

Síguese de lo expuesto que en los casos en que verse el pleito sobre cantidad menor de cien duros, debe guardarse la disposicion de la ley de 10 de Enero citada, puesto que es posterior al reglamento; pero como no estan conformes en cuanto á la cantidad, podrá preguntarse que es lo que debe hacerse siempre que verse el litigio sobre cuantía mayor de los cien duros, pero que no pase de doscientos cincuenta. Á primera vista parece que no tratando la ley de esta cantidad ha de seguirse el reglamento; porque una ley posterior no deroga á la anterior sobre aquello de que no trata. No obstante, en nuestro entender, la primera parte del art. 67 está en todo derogada, porque es inconcebible que los legisladores de 1838 no tuvieran en cuenta lo dispuesto en el reglamento, y que sabiendo lo que este ordenaba, incurrieran en la anomalía de exigir mas conviccion legal, para negar el recurso de súplica en pleitos sobre cantidades menores como la de dos mil reales, que en los que excedan de ella y no pasen de cinco mil.

*Nota* 32, *pág*. 157. Extinguidos los mayorazgos, patronatos y demas vinculaciones por la ley 19 de Agosto de 1841 no puede darse caso en el dia en que tenga lugar el juicio de tenuta. Pueden verse sobre este particular los artículos de los señores Pacheco, Romero, Giner y Henandez de la Rua, insertos en el Boletin de Jurisprucia y Legislacion.

*Nota* 33, *pág*. 162. Las excepciones á que se refiere el señor Conde de la Cañada, han desaparecido desde el punto en que todas las audiencias se equipararon, y tienen iguales facultades y atribuciones.

*Nota* 34, *pág*. 162. El recurso de súplica es procedente en los casos de que antes se ha hecho mérito, y sin necesidad de gracia del tribunal puede la parte interponerle y este está obligado á admitirle. Fundábanse las leyes antiguas para calificar de gracia el recurso, en que las chancillerías y el Consejo conocian de los pleitos personalizando al rey y no se creia prudente admitir quejas de las providencias dadas por el poder soberano.

*Nota* 35, *pág*. 163. En la antigua organizacion de los juzgados las apelaciones que se interponian de las sentencias de los alcaldes de corte en asuntos civiles se llevaban al Consejo en sala de provincia ó en Saleta: y las de los tenientes corregidores de Madrid iban al Consejo en sala de provincia ó á las salas de corte segun su turno. Véase al Conde de la Cañada, part. 2, cap. 2, num. 85 al 98, y part. 2, cap. 5, n. 1 y 2. En el dia han sido reemplazados los alcaldes y tenientes corregidores en la parte judicial, con los seis jueces de primera instancia que conocen en lo civil y criminal, y de sus sentencias se acude en apelacion á la audiencia de su territorio, como acontece con las de los demas jueces de las otras audiencias del reino. Las sentencias pronunciadas por la sala que conoce de la apelacion hacen cosa juzgada en los casos en que no ha lugar á súplica, con arreglo á los artículos del reglamento provisional citados en la nota 31.

*Nota* 36, *pág*. 163. Cuando el valor de la cosa litigiosa no excedía en la jurisprudencia antigua de mil ducados, pasaba el escribano de provincia á hacer relacion de los autos á la sala: si montaba de esta cuantía, el escribano del inferior entregaba el proceso en la escribanía de cámara. En el dia siempre y sin distincion de cantidades se remiten los autos, bien originales ó bien en compulsa en sus casos á la audiencia, y segun el nuevo arancel que regirá desde 1.° de Junio en adelante, se pasan desde el repartimiento al relator para que este forme el apuntamiento y dé cuenta á la sala. Este nuevo sistema acarreará necesariamente perjuicios en algunos casos, no obstante que en lo general sea conveniente y útil. Muchas veces las partes interponen apelacion llevadas por la incomodidad que les causa el triunfo de su adversario; pero mejor aconsejadas desisten despues y no se presentan en el tribunal de alzada á mejorar la apelacion; en tales casos no pueden dispensarse ya de pagar los derechos de apuntamiento inútilmente trabajado. Considerando provechosa en general esta medida, debieran haberse puesto restricciones para ciertos casos semejantes al que acabamos de exponer, para evitar los daños que resultarán al ponerla en ejecucion.

*Nota* 37, *pág*. 167. El término señalado por el auto de 9 de Octubre de 1783 para presentar al escribano actuario el decreto del tribunal de alzada con las citaciones necesarias está abolido por el art. 50 del reglamento provisional, supuesto que segun él, admitida que sea la apelacion en ambos efectos, deben remitirse los autos originales por el juez de primera instancia al tribunal superior á costa del apelante. Sin embargo, como este tiene que adelantar el coste de correo y dejando de abonarle puede impedir la remision del proceso, se hace indispensable la adopcion de una práctica que ponga término á las dilaciones que con este motivo era facil ocasionar. Como en los asuntos civiles no toca al juez darles curso sin peticion de parte, será necesario para apremiar al apelante, que su contrario lo solicite, y en tal caso se le compelerá á que dentro del término del emplazamiento ponga en la mesa del juzgado la cantidad necesaria para el franqueo, ó desista de la apelacion interpuesta.

*Nota* 38, *pág*. 168. Las instancias de revista pasan en el dia á la sala siguiente en órden de la que conoció en la segunda instancia en los pleitos civiles y criminales, en que la primera tiene lugar ante los jueces de primera instancia, ó subdelegados de rentas en sus casos, y tambien en aquellos otros en que la audiencia conoce en primera instancia.

Lo expuesto en las notas anteriores relativamente á los recursos de apelacion y súplica debe entenderse únicamente en cuanto á los juzgados ordinarios, á las subdelegaciones de rentas y á las audiencias; mas en el supremo tribunal de guerra y marina y juzgados militares que de él dependen no se guarda el reglamento provisional para la administracion de justicia, y por consiguiente es aplicable la doctrina sentada por el señor Conde de la Cañada en cuanto al modo de admitir las apelaciones, á la mejora de ellas en el tribunal superior, y á la remision de los autos originales ó en compulsa, y en todo lo referente al otorgamiento y sustanciacion de las súplicas.

*Nota* 39, *pág*, 168. Sentadas en el reglamento provisional, artículo 66 y 67, las reglas que deben servir para la admision de las súplicas, no es ejecutable la primera parte de la real cédula de 21 de Setiembre de 1783, en la que á pesar de que las sentencias de primera instancia y vista sean conformes, deja al arbitrio y prudente resolucion de los magistrados que dieron la sentencia de vista el otorgamiento de la súplica en los pleitos que sean muy graves y dudosos. Esta licencia pudiera ser muy perjudicial por la generalidad de la regla sentada en la cédula, porque los magistrados nunca pueden ser responsables de sus actos en aquellas cosas que sean opinables, y este arbitrio se convierte fácilmente en arma de proteccion ó de agravio contra los litigantes.

La cédula citada permitió el otorgamiento de la súplica, no obstante la conformidad de las sentencias, en todos aquellos casos en que el suplicante presentára nuevos documentos con juramento de que hasta entonces no habian llegado á su noticia. Perjuicios considerables puede acarrear la malicia de los litigantes en este caso, pero al mismo tiempo sería facil tambien privar á otros de su legítima defensa; y como que comparados unos y otros males, los últimos son mucho mas atendibles, el reglamento provisional en el último período del art. 67 ordenó, que aun en los casos en que en los artículos anteriores denegaba la súplica debia admitirse toda vez que el interponente del recurso ofreciera presentar nuevos documentos jurando que los encontró

nuevamente, y que antes no los tuvo ni supo de ellos, aunque hizo las diligencias oportunas. Los magistrados propenden generalmente á interpretar con latitud los casos dudosos sobre admision de súplicas, fundándose para ello en que cuanto mas ámplia sea la defensa mas seguridad debe tenerse en la justicia de los fallos. Así vemos que aun en aquellos casos en que son varios los litigantes de una misma parte por cantidad de mayor cuantía que la necesaria para poderse suplicar, si uno solo de ellos usa de este recurso, aunque la cantidad que le pueda corresponder sea menor que la necesaria para suplicar, se le admite á la tercera instancia, habida consideracion al todo litigioso.

*Nota* 40, *pág*. 171. Sentadas las reglas generales sobre admision de súplicas en los artículos anteriormente citados del reglamento provisional, cuando sea evidente que no ha lugar al recurso mencionado, se mandará desde luego ejecutar la sentencia, segun la clase de juicio de que se trate.

*Nota* 41, *pág*. 188. La primera cuestion que puede ofrecerse en el dia tratándose de los terceros opositores, tanto coadyuvantes como excluyentes consiste en si es de necesidad que hayan de acreditar al entablar la demanda haber intentado la conciliacion y que esta no pudo conseguirse. El reglamento provisional al tratar de esta materia sentó en el art. 21 la regla general prohibitiva de que pueda entablarse en juicio ninguna demanda civil ni ejecutiva sobre negocio susceptible de ser completamente terminado por avenencia de las partes. Los terceros opositores tanto coadyuvantes como excluyentes formalizan en la realidad una demanda, porque si bien es verdad en cuanto á los primeros, que pueden presentarse en cualquier estado del juicio, y que reciben el pleito tal y como se halle, aun en este caso demandan efectivamente, puesto que aceptan la demanda interpuesta por aquel á quien coadyuvan. Esto supuesto, parece indudable que no pudiendo apartarse de la regla general consignada en el reglamento, les es forzoso intentar la conciliacion, y acreditarlo así al tiempo de entablar la demanda. Sin embargo ofrécense dificultades para poner en ejecucion esta doctrina, porque si la avenencia ha de intentarse con el reo comun, en el caso de que el tercero sea excluyente falta entonces la transaccion con el primer demandante, quien se halla en posicion de sufrir perjuicios con el triunfo del tercero, y sin disputa tiene mas interes que el deudor principal en vencer á su contrario. Si la conciliacion ha de intentarse con el primer demandante y deudor comun, ofrécese la dificultad de designar quién es el juez competente ante quien debe provocarse el juicio, si el del deudor, ó el del demandante. En otra ocasion tratando de esta misma materia encarecimos la necesidad de que el poder legislativo dé una aclaracion sobre este particular para evitar contiendas que mas de una vez hemos visto suscitadas y resueltas en diversos sentidos. En los juzgados de Madrid especialmente hemos observado que no se admiten demandas á los terceros opositores sin acreditar haber intentado previamente la avenencia.

En la sustanciacion de los juicios de terceria de mejor derecho en algunos juzgados se comunican los autos únicamente á los contendientes sobre la declaracion de aquel, dejando sin audiencia al deudor comun. Esta práctica es absurda y contraria á la ley, porque tratándose de una reclamacion que supone el tercero le compete contra una persona determinada, no oyendo á esta se puede incurrir en el desacierto de declararle preferente al primer demandante y aparecer despues que es falso el crédito reclamado, que se ha satisfecho, ó extinguido la accion por otro cualquier medio de los que las leyes reconocen. Todo esto se evitará oyendo al deudor comun en el juicio que se sustancie con el tercero excluyente.

*Nota* 42, *pág*. 208. Véase lo dispuesto en el real decreto de 4 de Noviembre de 1838, *nota* 43.

*Nota* 43, *pág*. 210. Para penetrarse del derecho vigente sobre ejecucion de la sentencia de que al presente se interpone recurso de nulidad para ante el tribunal supremo, preciso es repasar la historia de nuestro derecho. La ley dada por Don Juan I en Segovia en 1390, que hoy es la 1, tít. 22, lib. 11 de la Nov. Recop., admitida la segunda suplicacion, no permitia que se efectuase la sentencia hasta tanto que recayese la tercer sentencia confirmatoria, y no distinguia para este efecto los casos en que las dos primeras sentencias fuesen conformes ó discordes. Don Felipe II en las córtes de Madrid de 1563 ordenó, que no obstante el recurso de segunda suplicacion, cuando se diesen dos sentencias conformes de toda conformidad, se ejecutasen en lo que fueren conformes, sin embargo de aquel recurso, dando primeramente la parte, en cuyo favor se dieren, fianzas á contento de los jueces de quien se suplicare, de que si la sentencia de vista se revocare, volverá lo principal con los frutos á la otra parte. *Ley* 18, *tít*. 22, *lib*. 11, *de la Nov. Recop*. Nótase entre estas dos leyes una diferencia importantísima: la de Don Juan prevenia la ejecucion de las sentencias de revista sin hacer mérito de si eran ó no conformes con la de vista ó primera instancia; mas la de Don Felipe exigia como condicion indispensable la de conformidad entre las sentencias, al menos en la parte que hubiera de ejecutarse. Fúndase principalmente el precepto de ejecucion en la utilidad que se supone resulta de no suspender el aprovechamiento de los derechos declarados por la sentencia de revista; mas sin embargo creemos, como el señor Conde de la Cañada, que esta utilidad es mas bien aparente y momentánea que real y verdadera, porque reconociendo, como no puede menos de reconocerse, que es un mal la restitucion si la sentencia de segunda suplicacion es contraria al que venció en la segunda instancia, comparando este mal con el que resulta de la suspension hasta que aquella recaiga, excasa será la diferencia de los daños y perjuicios que respectivamente pueden seguirse. Así, pues, en el caso de aceptar la doctrina de una de las dos leyes hubiéramos preferido la de Don Felipe II, ya porque limita á un solo caso la ejecucion, ya tambien porque cuando las sentencias son conformes, debe temerse menos que haya de fallarse en contrario á lo acordado en las dos sentencias. No obstante en el real decreto de 4 de Noviembre de 1838, art. 10, se dispone que la sentencia de que se interponga recurso de nulidad se ejecute, si la parte lo solicitare, dando fianzas suficientes de estar á las resultas del juicio, para lo cual ha de sacarse el testimonio oportuno; por manera que en el dia no se hace distincion ni puede hacerse entre los casos de conformidad ó no conformidad de las sentencias, y sí solo se exigen como requisitos indispensables la peticion de la parte y la fianza correspondiente.

*Nota* 44, *pág*. 213. La doctrina sentada por el señor Conde de la Cañada en el párrafo 31 carece en el dia de base; puesto que abolidos los casos de corte, en los que únicamente principiaban los pleitos en primera instancia en las audiencias, no es posible dar el caso que presupone para declarar si ha ó no lugar á la ejecucion de la sentencia.

*Nota* 45, *pág*. 225. Abolidos los recursos de segunda suplicacion por el real decreto de 4 de Noviembre antes citado, los ministros del supremo tribunal de justicia deben atenerse á este para dictar el fallo que corresponda. Segun el real decreto el tribunal debe limitarse á declarar si ha ó no lugar al recurso de nulidad, exponiendo los fundamentos legales en que se apoye el fallo. Cuando se declare haber lugar al recurso, dice el art. 18, por ser el fallo contrario á la ley expresa y terminante, el tribunal supremo devolverá los autos al tribunal *à quo*, para que sobre el fondo de la cuestion determine en última instancia lo que estime justo por siete ministros que no hayan intervenido en los anteriores fallos. El artículo

preinserto es una especie de traduccion de él de la ley francesa que autoriza al tribunal de casacion para declarar la nulidad del fallo de que la parte se ha alzado, pero sin pronunciar otro que sustituya al dictado por la audiencia. Este sistema da por resultado que el tribunal inferior juzga las razones y fundamentos que el superior tuvo para acordar la nulidad, desairándolos tal vez, fallando en los mismos términos que lo habia hecho anteriormente. La legislacion francesa adoptó un medio de reparar hasta cierto punto este mal permitiendo el uso del recurso de nulidad por segunda y tercera vez; de manera que en estos casos se empeña una lucha en la que el tribunal de casacion puede sostener los principios que le sirvieron de fundamento para sentenciar favorablemente al recurso; mas en España no ha lugar á la interposicion de segundo ó tercer recurso, en términos que el supremo tribunal de justicia queda en descubierto.

Segun el art. 19 del citado decreto cuando se declare haber lugar al recurso por infraccion de las leyes de enjuiciamiento se devolverán los autos al tribunal *à quo*, para que reponiendo el proceso al estado que tenia antes de cometerse la nulidad, lo sustancie y determine con arreglo á las leyes por ministros diferentes de los que tomaron parte en los fallos anteriores.

*Nota* 46, *pág.* 235. Es imprescindible y natural que aquellos que reciben mision de la ley para ejercer jurisdiccion respondan ante los tribunales sus superiores de los excesos que cometan en la ejecucion de las sentencias, y por tanto es necesario al mismo tiempo, que á los particulares ofendidos se les permita el uso de los recursos oportunos para quejarse y defenderse. No es de nuestro propósito enumerar y clasificar los recursos que á los agraviados pueden competir, y por ello nos limitaremos á designar los tribunales ó jueces competentes para conocer de las quejas, segun la organizacion actual de los juzgados. Los alcaldes constitucionales son los primeros funcionarios en la escala judicial, y sus excesos están divididos en dos especies; la una de todos aquellos negocios en que obran como dependientes y delegados de los jueces de primera instancia, y la otra en la que proceden como jueces ordinarios ó de paz. En el primer caso las quejas de los excesos que cometan deben presentarse á los jueces de primera instancia para que procedan á lo que haya lugar: y en el segundo, esto es, por las faltas ó excesos cometidos en la ejecucion de los juicios de avenencia ó verbales es competente la audiencia del territorio para oir las quejas que contra ellos se formulen.

Si los jueces de primera instancia se excedieren en la ejecucion de las sentencias dictadas por ellos, ó que causasen ejecutoria por fallo del tribunal superior, deben elevarse los recursos á la audiencia de su territorio, mas en todos estos casos debe guardarse lo dispuesto en el art. 73 del reglamento provisional para la administracion de justicia, y en los artículos 105 y siguientes del reglamento de los juzgados.

*Nota* 47, *pág.* 240. Respecto á las atribuciones de los jueces ejecutores en cuanto á oir á los terceros opositores nuestra opinion es mucho mas severa que la del señor Conde de la Cañada. Creemos, pues, que el juez ejecutor siempre debe abstenerse de decidir en toda clase de excepciones que se presenten ante él, á menos que en el despacho ó exhorto que le confiera la comision, se exprese que se le concede facultad para oir á los que hagan reclamaciones de cualquiera especie. Siempre que esto suceda, el ejecutor suspenderá el cumplimiento del exhorto en la parte sobre la que verse la oposicion, remitiendo los escritos y diligencias á aquel de quien dimana.

*Nota* 48, *pág.* 247. Roconocida la necesidad de modificar y arreglar la legislacion relativa á los recursos de segunda suplicacion é injusticia notoria, lo que no habia podido verificarse hasta 1838, se presentaron en las cortes dos proyectos sobre recursos de nulidad, que hubieran de sustituir á los de suplicacion é injusticia, pero no llegó el caso de aprobarse ninguno de ellos, y sí se autorizó al gobierno por la ley de 21 de Julio de 1838 para llevar á cabo la reforma, el cual publicó el real decreto de 4 de Noviembre del mismo año, que insertamos á continuacion, por ser la legislacion vigente en esta materia.

Art. 1.º Se admitirán los recursos de segunda suplicacion é injusticia notoria que respectivamente procedieren en los negocios pendientes en las audiencias, tribunales de comercio y ordinarios antes de 13 de Agosto de 1836, y se seguirán y fallarán con arreglo á las leyes que regian hasta la misma época. En los negocios que empezaron en las audiencias y se devolvieron á los jueces de primera instancia en virtud de lo dispuesto por el reglamento provisional de justicia, no tendrá lugar la segunda suplicacion, sino el recurso de injusticia notoria.

Art. 2.º Para que los recursos de que trata la disposicion anterior que ya no estuvieren interpuestos puedan ser admitidos, deberán interponerse en el término de veinte dias, que empezarán á contarse á los dos meses despues de la publicacion del presente decreto en la Gaceta de Madrid.

Art. 3.º Ha lugar al recurso de nulidad contra las sentencias de revista de las reales audiencias y del tribunal especial de guerra y marina en lo que no sean conformes con las sentencias de vista, si fuesen contrarias á ley clara y terminante. Cuando la parte en que difieran de la sentencia de vista sea inseparable de la en que fueren conformes á ella, tendrá lugar el recurso contra todo el fallo de revista.

Art. 4.º Ha lugar igualmente al recurso de nulidad contra las ejecutorias de dichos tribunales, cuando en las instancias de vista ó revista se hayan infringido las leyes del enjuiciamiento en los casos siguientes: 1.º Por defecto de emplazamiento en tiempo y forma de los que deban ser citados al juicio. 2.º Por falta de personalidad ó poder suficiente de los litigantes para comparecer en juicio. 3.º Por defecto de citacion para pruebas ó definitiva y para toda diligencia probatoria. 4.º Por no haberse recibido el pleito á prueba, debiéndose recibir, ó no haberse permitido á las partes hacer la prueba que les convenia, siendo conducente y admisible. 5.º Por no haberse notificado el auto de prueba ó la sentencia definitiva en tiempo y forma. 6.º Cuando se denegase la súplica sin embargo de ser conforme á derecho. 7.º Por incompetencia de jurisdiccion.

Art. 5º Para que proceda el recurso en los casos de que trata el artículo anterior, será necesario que se haya reclamado la nulidad antes que recayese la sentencia en la instancia respectiva, y que la reclamacion no haya surtido efecto. Sin embargo, si la nulidad reclamada y desatendida en una instancia pudiese subsanarse en la ulterior, se debe reclamar nuevamente en ella.

Art. 6.º No ha lugar al recurso de nulidad en las causas criminales, ni en los pleitos posesorios y ejecutivos.

Art. 7.º El recurso de nulidad debe interponerse en el tribunal superior *à quo* dentro de los diez dias siguientes al de la notificacion de la sentencia que cause ejecutoria por escrito firmado de letrado, en que se citen la ley ó doctrina legal infringida, y por el procurador autorizado con poder especial. Si careciese de él, y su principal se halla ausente, lo manifestará así protestando presentar dicho poder. El tribunal le señalará con calidad de improrogable el término que parezca necesario segun las distancias y estado de las comunicaciones.

Art. 8.º A la admision del recurso procederá por parte del que le interponga, el depósito de diez mil reales vellon. En lugar del depósito podrá admitirse fianza suficiente, pero en doble cantidad. Al litigante pobre le bastará obligarse en escritura pública, ó en los autos á

responder de dicha suma, cuando llegase á mejor fortuna. Los fiscales de S. M. cuando interpusieren el recurso, no estarán obligados al depósito ni á la fianza.

Art. 9.º Interpuesto el recurso con arreglo á los artículos anteriores, lo admitirá sin mas trámites el tribunal *à quo*, y mandará remitir al supremo el todo ó la parte de autos que se estime conducente, prévia citacion de los interesados, para que comparezcan á usar de su derecho dentro de treinta dias, contados desde el en que se les notificase el auto de admision del recurso y emplazamiento. Este término será de cincuenta dias para los recursos que se interpongan de la audiencia de Mallorca, y de sesenta para los de Canarias. Entregarán originales á la parte que interpuso el recurso, de conformidad con la contraria, y con la obligacion de satisfacer previamente el porte de correo, la pieza ó piezas que se consideren bastantes para su determinacion. Pero siempre se acompañarán: 1.º El memorial ajustado en copia autorizada: 2.º Originales, ó por testimonio literal si existiesen en otra pieza, la sentencia que causó ejecutoria, la reclamacion de nulidad y todo lo relativo á la interposicion y admision del recurso, con su informe en que el tribunal manifieste los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo.

Art. 10. La sentencia de que se interponga recurso de nulidad, se ejecutará, si lo solicitare la parte que lo obtuvo, dando fianzas suficientes de estar á las resultas. Para dicho efecto se sacará el testimonio oportuno.

Art. 11. El auto en que se deniegue el recurso de nulidad por el tribunal *à quo* es apelable para ante el supremo. Si se interpusiere la apelacion, el tribunal *à quo* mandará sacar testimonio de lo conducente, por señalamiento de los interesados, y le remitirá al supremo dentro de los quince dias inmediatos al en que se les hubiese notificado el auto de que se apeló; emplazando á las partes para que se presenten á usar de su derecho en dicho tribunal dentro del término respectivamente señalado por el artículo anterior. El tribunal supremo, prévia entrega de los autos á las mismas para el solo efecto de que informen el dia de la vista, decidirá definitiva é irrevocablemente este incidente.

Art. 12. Recibidos los autos en el tribunal supremo, y pasado el término del emplazamiento sin que se haya presentado la parte recurrente, se declarará á peticion de la contraria por desierto el recurso, condenando al que le interpuso al pago de las costas causadas, y á la pérdida de la mitad de la cantidad depositada, ó de que se obligó á responder. Esta cantidad se aplicará segun se previene para la del todo en el art. 22.

Art. 13. Presentándose las partes en el tribunal supremo por medio de procurador, se les entregarán los autos para instruccion de sus letrados por un término suficiente, con tal que no pase de treinta dias á cada una.

Art. 14. Devueltos los autos, y hecho, si se pidiere el cotejo del memorial ajustado, se señalará dia para la vista del recurso, y se procederá á ella citadas las partes.

Art. 15. Concurrirán siete jueces á la vista y determinacion de estos recursos. A la de los que se interpusieren de las sentencias y actuaciones de la sala de justicia del tribunal especial de guerra y marina, asistirán los ministros y fiscal togado de la misma que no hayan entendido en el negocio, tomándose del supremo de justicia los restantes hasta completar dicho número.

Art. 16. La sentencia se pronunciará dentro de los quince dias siguientes al de la vista. Contra ella no se admitirá recurso alguno.

Art. 17. En la sentencia se hará expresa declaracion de si ha ó no lugar al recurso, exponiéndose los fundamentos legales del fallo.

Art. 18. Cuando se declare haber lugar al recurso por ser el fallo contrario á ley expresa y terminante, el tribunal supremo devolverá los autos al tribunal *à quo*, para que sobre el fondo de la cuestion determine en última instancia lo que estime justo por siete ministros que no hayan intervenido en los anteriores fallos.

Art. 19. Cuando se declare haber lugar al recurso por infraccion de las leyes de enjuiciamiento de que trata el art. 4.º, se devolverán los autos al tribunal *à quo* para que reponiendo el proceso al estado que tenia antes de cometerse la nulidad, lo sustancie y determine con arreglo á las leyes por ministros diferentes de los que tomaron parte en los fallos anteriores.

Art. 20. Si la declaracion de nulidad recayere sobre autos seguidos en el tribunal de guerra y marina, ó en audiencias que no constaren del número necesario de ministros hábiles, se remitirán por el tribunal supremo, para los efectos expresados en los dos artículos precedentes, á la audiencia mas inmediata.

Art. 21. Contra el fallo del tribunal *à quo* ó del inmediato en procesos devueltos ó remitidos por consecuencia de la declaracion de nulidad, no habrá lugar á recurso alguno, salvo el de responsabilidad contra los ministros que lo dictaren. Aunque estos incurrieren en ella, su determinacion será siempre firme, y tendrá fuerza de cosa juzgada entre los litigantes.

Art. 22. Siempre que se declare no haber lugar al recurso, se condenará al recurrente en las costas y en la pérdida de la suma depositada, ó de que se obligue á responder. Esta cantidad se repartirá por mitad entre la parte contraria y el fondo de penas de justicia.

Art. 23. En la *Gaceta* del gobierno se publicarán los fallos del tribunal supremo relativos á recursos de nulidad, y los que dictaren los superiores á quienes se devolviere el conocimiento de los autos anulados.

Art. 24. En los pleitos sobre negocios mercantiles continuará observándose, mientras no se mande otra cosa, lo dispuesto en el código de comercio acerca de los recursos de injusticia notoria.

*Nota* 49, *pág*. 248. Condicion precisa era segun las leyes recopiladas la de que hubiesen de haber principiado en las audiencias los pleitos de que se interpusiera recurso de segunda suplicacion; mas despues de publicado el reglamento provisional sin necesidad de que otra cosa se hubiera acordado hubieran desaparecido tales recursos para el caso de que trata la ley 1, tít. 22, lib. 11 de la Nov. Recop., á que se refiere el señor Conde de la Cañada, porque el art. 36 del reglamento provisional ordena, que los jueces letrados de primera instancia sean cada uno en su partido ó distrito los únicos á quienes competa conocer en la instancia mencionada de todos los pleitos civiles y causas criminales que en él ocurran correspondientes á la real jurisdiccion ordinaria, inclusos los que hasta la época de la publicacion del reglamento se denominaron casos de córte. Abolidos estos, claro es que en ningun caso puede principiarse pleito alguno civil en la audiencia, y por consiguiente que falta el primero y esencial requisito para que pudiera interponerse el recurso de segunda suplicacion.

*Nota* 50, *pág*. 248. La condicion que exigia la ley 1, tít. 22, lib. 11 de la Nov. Recop. relativa á que la segunda sentencia, ó sea la de revista, fuere dada por los oidores juntamente con el prelado que fuere presidente, tampoco es posible segun el sistema actual de procedimientos, ni mucho menos aplicable á los recursos de nulidad. Decimos que no es aplicable al sistema vigente, porque las sentencias todas que se dan en los tribunales superiores, son votadas por el presidente con los demas ministros, porque cada sala tiene el suyo, y si se tratara del regente de la audiencia que ha sustituido al antiguo presidente, tampoco hubiera lugar, porque no es necesaria su presencia en las revistas. No es aplicable á los recursos de nulidad, porque para que estos sean admisibles se necesita únicamente la concurrencia de las circunstancias que expresan los artículos 3.º, 4.º y 5.º del real decreto de 4 de Noviembre de 1838, en los que

no se hace mencion de las condiciones que deben tener las sentencias por razon del número y calidad de los votantes. De notar es que el recurso de nulidad no puede interponerse de otros tribunales mas que de las audiencias y del especial de guerra y marina; por consiguiente los tribunales eclesiásticos en todas sus escalas, los de primera instancia en la de juzgados ordinarios y todos los privilegiados que existian cuando la publicacion del real decreto, y los que al presente existan, estan libres de que de sus providencias se interponga el último recurso.

*Nota* 51, *pág*. 253. Anteriormente hemos dicho ya que extinguidos los mayorazgos por la ley de 10 de Octubre de 1820, restablecida en 1836, no puede darse lugar al juicio de tenuta especial de los mayorazgos.

*Nota* 52, *pág*. 253. Respecto á los requisitos necesarios para que haya lugar á la interposicion del recurso de nulidad, hay diferencias de importancia entre este y los antiguos de segunda suplicacion é injusticia notoria. Exigíase por la ley 1, tít. 22, lib. 11 de la Nov. Recop. que la parte suplicante interpusiese el recurso para ante la real persona dentro del término de veinte dias, que principiaban á contarse desde la notificacion de la sentencia de revista; mas el artículo 7.º del citado real decreto de 4 de Noviembre previene que el recurso de nulidad haya de interponerse ante el tribunal *à quo* dentro de los diez dias siguientes al de la notificacion de la sentencia que causa ejecutoria, presentando escrito firmado de letrado por procurador que tenga poder especial, en el que se citen la ley ó doctrina legal infringida.

*Nota* 53, *pág*. 253. El real decreto de 4 de Noviembre nada ha determinado respecto á si deben ó no admitirse nuevos instrumentos, pendiente el recurso de nulidad, en el tribunal supremo de justicia, pero se ha conformado justamente con la doctrina de las leyes recopiladas respecto á no admitir escritos ni alegaciones de ninguna clase, en términos que la sustanciacion de estos recursos es idéntica á la que se guarda en las apelaciones de los autos interlocutorios.

*Nota* 54, *pág*. 255. El art. 9 del real decreto antes citado ha señalado tambien un término para que los interesados se presenten en el supremo tribunal, clasificando las audiencias en peninsulares y ultramarinas. Concede para las primeras el término de treinta dias, y en cuanto á las segundas señala para la presentacion de los que recurran por pleitos fallados en la de Mallorca cincuenta, y sesenta para la de Canarias. Justamente las leyes recopiladas lo mismo que el real decreto han concedido mayor término á los suplicantes de las audiencias ultramarinas que á los de la Península; mas no nos parece proporcionada la diferencia que se hace entre la audiencia de Mallorca y Canarias, porque el exceso de diez dias que se conceden á esta no guarda relacion ni con la mayor distancia á que se encuentra de la capital de la monarquía, ni tampoco es proporcionado mediante la inseguridad de las comunicaciones, y la falta de correos que comunican á aquellas islas con la Península.

*Nota* 55, *pág*. 255. Para ver y fallar los recursos de nulidad se necesita concurran siete magistrados, cuando procedan de las audiencias, y para los que se interpongan de las sentencias y actuaciones de la sala de justicia del tribunal especial de guerra y marina, tienen que asistir los ministros y fiscal togado de esta sala que no hayan entendido en el negocio, completando hasta el número de siete con los del tribunal supremo de justicia. Las leyes recopiladas prevenian que para fallar los recursos de segunda suplicacion hubieran de intervenir cinco magistrados, número que nos parece suficiente atendiendo á que se interponian sin necesidad de discordia entre las sentencias de vista y revista; mas como en los recursos de nulidad es indispensable que haya habido discordia para que sean admitidos, con razon se ha exigido mayor número de magistrados.

*Nota* 56, *pág*. 259. Sustituido el recurso de injusticia notoria con el de nulidad establecido por el decreto de 4 de Noviembre de 1838, la doctrina sentada por el señor Conde de la Cañada en el *cap*. 5, *parte* 3 no tiene lugar en el dia, sino en cuanto á los recursos de injusticia notoria de que tratan los artículos 1 y 2 del decreto citado, al que exclusivamente deben atenerse los que intenten valerse del remedio de nulidad. La exposicion de la doctrina jurídica que arroja de sí el decreto de 4 de Noviembre exige mas detencion y latitud que la que corresponde á unas simples notas, por lo que remitimos á nuestros lectores á los comentarios publicados en el Boletin de Jurisprudencia y Legislacion.

# OBSERVACIONES PRÁCTICAS

SOBRE

# LOS RECURSOS DE FUERZA;

MODO Y FORMA DE INTRODUCIRLOS,

CONTINUARLOS, Y DETERMINARLOS

EN LOS TRIBUNALES REALES SUPERIORES.

POR


## EL CONDE DE LA CAÑADA,

*Gobernador del Consejo y Cámara de Castilla, etc., etc., etc.*


TERCERA EDICION.

TOMO SEGUNDO.




MADRID:

IMPRENTA DE LA COMPAÑIA GENERAL DE IMPRESORES Y LIBREROS DEL REINO.

1845.

# AL REY

# NUESTRO SEÑOR.



*Señor:*

ESTABLECIÓ *Dios las dos supremas potestades del sacerdocio y del imperio para que se ayudasen en el justo gobierno del mundo. Los señores reyes de España protestaron muchas veces en sus leyes que no impedirian á la Iglesia el uso de su jurisdiccion, y que la protegerian y defenderian, haciendo guardar y cumplir sus mandamientos á los rebeldes que los resistiesen, á cuyo fin la ofrecen religiosamente todo su poder, y el auxilio del brazo seglar, en lo que justamente les fuere pedido.*

*La santa sede ratifica en los concilios y en los cánones los mismos sentimientos de union á la potestad real para hacerla obedecer, venerar y respetar con la sumision debida, por los medios y autoridades que competen á la Iglesia.*

*Los magistrados y jueces, á quienes respectivamente se encarga en los dos fueros la administracion de la justicia, proceden las mas veces con el mismo espíritu de union, sinceridad y buena fe en prestarse sus auxilios; pero no siempre aciertan con estos caminos, por ser muy oscuros y cubiertos de embarazos; y esta es la principal causa de su desavenencia, y de las discordias que inquietan y turban la tranquilidad pública, por el calor con que pretenden defender la jurisdiccion que consideran propia.*

*El remedio de estos grandes males está reservado á la suprema potestad real, que se dispensa y comunica al Consejo, chancillerías y audiencias, para que los vasallos oprimidos tengan mas pronto el acceso, y logren se les alce y levante la fuerza que padecen por los procedimientos y censuras de los jueces eclesiásticos.*

*Entre los jueces que son del fuero real se excitan tambien ruidosas competencias sobre el conocimiento de sus causas, deteniendo su curso con grave perjuicio de los interesados; quienes llegan á sufrir muchas veces iguales opresiones y violencias, que solo puede remover V. M., y los tribunales superiores á quienes ha confiado este poder.*

*El conocimiento de estos sucesos y de su orígen, que observé atentamente muchos años en el Consejo y cámara, me estimuló á escribir esta obra, que tengo el honor de poner á L. R. P. de V. M., con el título de Observaciones Prácticas en los recursos de fuerza, modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos en el Consejo y cámara, chancillerías y audiencias, que ha merecido en todo la aprobacion, y obtenido la licencia del Consejo para que la pueda imprimir y publicar.*

*El objeto, señor, de esta obra es el mas sublime, porque toca en la primera y mas alta regalía de V. M., de alzar las fuerzas á los oprimidos con una potestad de padre, de tutor y de protector de sus reinos. Por sola esta causa debia llegar esta obra á L. R. P. de V. M., cuando el amor y celo de su autor no la impeliese al propio fin por su gratitud y reconocimiento, confiando por estos respetos de la generosa bondad de V. M., se dignará admitirla bajo de su soberana proteccion, dispensándola el honor de que se imprima y publique como una ofrenda del augusto nombre de V. M., en que recibiré la mas singular y apreciable gracia. Madrid 20 de Marzo de 1794.*

**SEÑOR:**

*A L. R. P. de V. M.*

El Conde de la Cañada.

# PRÓLOGO.

Siempre que me he propuesto cualquiera empresa, concerniente á mi profesion ó ministerio, tengo la gloria de haber sido el blanco único de mis operaciones, la salud pública, el mejor servicio de la magestad y el bien de sus súbditos. Por mas que pudieran lisonjear al amor propio aquellos inventos ingeniosos ó especulaciones sublimes, de que tanto suelen prendarse algunos grandes talentos, si yo no divisase desde luego en ellos su influencia en la felicidad comun, y su aptitud para mejorar la suerte de los hombres, no podrian sin este carácter ni causarme satisfaccion, ni mirarlos yo con aprecio, aun cuando me captasen la reputacion de los sabios y el aura de los pueblos. Así que cuando me propuse escribir algo acerca de nuestra jurisprudencia, no busqué yo asuntos recónditos y desusados, en donde ostentar estudio, penetracion é ingenio; no nuevos y profundos sistemas legislativos, que apenas sirven sino de envanecer á sus autores, y de hacerlos lastimosamente caer en el desden y olvido de nuestra sabia legislacion; antes bien con arreglo á ella emprendí ilustrar ciertas materias magistrales, que siendo de un uso muy frecuente en los tribunales, se hallan destituidas de aquella deseable claridad, que traeria al público tantas ventajas, cuantos son ahora los perjuicios que resultan de su oscuridad y confusion.

Estas consideraciones me arrebataron la eleccion, y me impelieron á escribir este tratado de recursos de fuerza. Dolíame de ver que una materia tan interesante, y tan digna de ocupar en su ilustracion las plumas mas doctas, no hubiese sido tratada hasta aquí con aquella solidez, extension y claridad de que es susceptible, y exige su importancia. Por tanto creí hacer un singular servicio á la nacion, formando un tratado completo de ella, en donde apurase cuanto puede ocurrir en órden á semejantes recursos, y diese á cada punto en particular toda la ilustracion que puede admitir.

Tengo la satisfaccion de anunciar á jueces, abogados y profesores, que esta obra comprende cuanto puede decirse con fundamento de recursos de fuerza; y que aun los puntos opinables, que se investigan en ella, han adquirido un grado de probabilidad tan superior, que casi llegan á rayar con la evidencia. Para convencerse de lo primero, no hay sino ir recorriendo uno por uno los capítulos; y para cerciorar á mis lectores de que mis opiniones han salvado la barrera de la probabilidad, los remitiré á los puntos mas espinosos y delicados que aquí se ventilan, despues de cuya inspeccion y exámen quiero persuadirme que me harán justicia.

Como el camino de apurar la verdad en las materias discutibles es esforzar los respectivos fundamentos de las opiniones hasta donde puedan ensalzarse, he procurado dar á las que no adopto mucho mas valor del que las supieron dar sus mismos autores, ponderando sus argumentos con tanto nervio, que á veces parece no dejan lugar á la duda; bien que una refutacion mucho mas vigorosa disipa despues á manera de humo la apariencia de verdad con que se cubrian, y con que pudieron engañar á sus secuaces.

Quien deseare un irresistible convencimiento de todo lo expuesto, lea entre otros con reflexion el capítulo que trata de los indultarios.

Mi principal conato en estas observaciones ha sido desterrar las tinieblas y sombras de la duda y de la opinion en que andaban envueltos los recursos de fuerza; y no puedo menos de lisonjearme de las grandes ventajas que han de resultar de aquí á favor de los litigantes y de la causa pública. Porque siendo tantos ahora los recursos que se entablan, que ellos por sí solos bastan á ocupar y fatigar la atencion del Consejo y de la cámara, de las chancillerías y audiencias, despues de la publicacion de mi escrito fio que se disminuyan hasta un punto, que casi lleguen á extinguirse y desconocerse.

Y á la verdad la temeridad y la malicia es constante que rara vez se muestran tan descaradas en los jueces, que tengan la osadía de traspasar los límites de su autoridad y jurisdiccion con ciencia cierta de su transgresion y violencia. Estos empeños que motivan los recursos, no se apoyan en el capricho de excederse los jueces en su respectiva jurisdiccion, sino en que vacilan sobre el debido uso de ella en los puntos y casos que ocurren. Yo solo quiero que se examinen con atencion estos discursos, para que entiendan los jueces de uno y otro fuero hasta donde llega su respectiva facultad, sin poderse alucinar jamas en su ejercicio: beneficio de tanto momento, que si se pudiese conseguir y extender á todos los demas ramos y puntos de justicia, seria sin disputa el mayor que podria hacerse en general á los hombres.

Seria ocioso, y cosa muy prolija, traer aquí pruebas de esta asercion, de que toda la obra es una demostracion y evidencia. Una lectura reflexiva de ella convencerá á mis lectores de mi profundo estudio y meditacion en esta materia, de la luz y claridad que han adquirido todas sus partes en estos discursos, y de que los puntos mas oscuros se han hecho igualmente perceptibles que los mas fáciles y triviales.

Como el método tiene grande parte en la claridad de los escritos, entre los que pudiera haber adoptado para el presente, elegí el que prescribe la mas ó menos dificultad de las materias, empezando por la explicacion de los recursos mas óbvios y comunes en la primera parte, en la segunda expliqué otros no tan frecuentados, un poco mas dificiles y menos conocidos; y para la tercera reservé los mas árduos, mas complicados é inaccesibles; bien que todos ellos salen al público con igual ilustracion y claridad, como antes he dicho.

# INDICE

## DE LOS CAPÍTULOS QUE CONTIENE ESTA OBRA.

## PARTE PRIMERA.



## PARTE SEGUNDA.

## PARTE TERCERA.

# PARTE PRIMERA.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### *Toca al rey prevenir y alzar las fuerzas á todos los ciudadanos de su Estado.*

1 Hallábase el hombre en el estado natural cercado de peligros: padecia frecuentes insultos de parte de sus semejantes, quienes atentaban continua y recíprocamente contra la seguridad de sus bienes y aun de sus mismas vidas. Por consiguiente era indispensable que tratase el hombre de su propia defensa; pero como en ésta rara vez podria contenerse dentro de los justos límites, y á veces tambien no llegaria á ellos; causaria y sufriria opresiones y violencias alternativamente, segun se hubiese habido en el exceso ó abandono de sus derechos.

2 La experiencia de tantos males puso á los hombres en la precision de consultar los medios de su seguridad y tranquilidad, y les hizo conocer la necesidad que tenian de unirse y auxiliarse en sociedad, formando ciudades y poblaciones: Grot. *de Jur. bell. et pac. lib.* 1. *cap.* 2. §. 1. *Nam societas eo tendit, ut suum salvum sit communi ope, ac conspiratione*: Puffend. *lib.* 7. *cap.* 1. §. 7. *Genuina igitur et princeps causa, quare patresfamilias, deserta naturali libertate, ad civitates constituendas descenderint, fuit, ut præsidia sibi circumponerent contra mala, quæ homini ab homine imminent*: Heinnec. *Prælect. Academ. lib.* 2. *cap.* 5. §. 7., *et cap.* 6. §. 6. *et* 10. con otros muchos publicistas.

3 Esta misma experiencia hizo conocer á poco tiempo que no llenaba este auxilio todos los deseos de los hombres; pues aunque lograban verse defendidos de enemigos extraños, no estaban todavía seguros de sus mismos conciudadanos y compañeros; así para corregirlos y contenerlos tomaron el partido de elegir y nombrar uno de ellos, que mirando con imparcialidad los excesos agenos, los precaviese con el temor de la pena en el establecimiento de las leyes, y castigase sus contravenciones en beneficio de la tranquilidad pública. Esto es lo que confirman los autores citados en el número próximo, y otros muchos.

4 Por estos sencillos principios se manifiesta con toda evidencia que la autoridad que trasladaron los hombres á la cabeza que eligieron para su gobierno, ya sea monárquico, aristocrático, ó democrático, ó cualquiera otra especie que se inventase, es aquella misma facultad y primitivo poder que concedió Dios á los hombres para defenderse y conservarse, como dice la *ley* 2. *tit.* 8. *Part.* 7. «Ca natural cosa »es, é muy guisada, que todo ome »haya poder de amparar su persona de »muerte, queriéndolo alguno matar á »él:» *ley* 2. *tit.* 1. *Part.* 1.: Heinnec. *Prælect. Academ. lib.* 1. *cap.* 2. §. 1. *n.* 2. ibi: *Quis utique neget velle Deum, ut quisque se conservet, ac defendat adversus omnem vim?*::::: *instruxit natura, vel Deus potius*; y así no puede dudarse que el poder que reside en los reyes nace y se autoriza por las mismas causas del derecho natural y divino, para usar de él oportunamente en preservar á sus ciudadanos de toda opresion y violencia, y alzar las que otros les hubiesen irrogado.

5 Dos especies de violencias padecen las repúblicas en sus individuos: una procede de las potencias extrangeras, y otra de los mismos súbditos: la primera se repara con la fuerza armada; y corresponde privativamente al rey el derecho de la guerra: la que cometen los mismos ciudadanos es mas peligrosa, porque la encubren con el semblante honesto de la amistad ó con el uso de la potestad pública, que está cometida á los jueces.

6 La fuerza que hacen los jueces abusando de su autoridad, toca en el extremo de ser fuerza pública, y pide mas pronto y efectivo remedio; pues como dice la *ley* 4. *tit.* 10. *Part.* 7. «Muy fuertes armas han para facer »mal aquellos, que tienen voz del Rey, »quando quisieren usar mal del lugar »que tienen.» Lo mismo se estableció en las *leyes* 7. *y* 9. *ff. Ad Leg. Juliam de vi publica.*

7 Por esta razon será el objeto de esta obra la fuerza que hacen los jueces sin tocar en la privada que cometen los hombres.

## CAPÍTULO II.

*De la fuerza que hacen los jueces eclesiásticos en conocer y proceder en las vistas de las memorias y lugares pios* [1].

1 Todos los autores que tratan de esta fuerza la ponen en el primer órden; pero explican tan generalmente sus causas, su objeto, los medios de impedirla y alzarla, y el uso práctico de ellos, que dejan en grande oscuridad la direccion del recurso y su resolucion.

2 Salgado *de Regia, part.* 1. *cap.* 1. *n.* 3. hace memoria de esta fuerza, que llama *Auto de legos*; y pasa sin otro exámen por lo que en su razon expuso Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 17. *y* 18.

3 Este autor establece unos principios, que en aquel tiempo corrian libremente entre la mayor parte de nuestros autores; pero la mas exacta crítica con que se han examinado despues, ha manifestado el error con que atribuian á la Iglesia y al sumo pontífice una potestad temporal, á que daban el nombre de *indirecta*, con la cual tenian licencia para turbar y atropellar la que en esta especie corresponde privativamente á los reyes; deduciendo por estos antecedentes el mismo Bobadilla en los casos particulares que refiere unas consecuencias igualmente equívocas y perniciosas á la tranquilidad del estado público, como se manifiesta á primera vista.

4 Ceballos en su tratado *de Cognition. per viam violent.* habla de esta fuerza muy ligeramente, y del auto que proveen los tribunales reales cuando hallan por el proceso que el juez eclesiástico conoce contra los legos en causa profana; pero sus palabras manifiestan el error práctico con que lo concibe, y así está reputado por otros muchos autores.

5 El señor Covarrubias en el *capítulo* 35. *de sus Prácticas n.* 3. *vers. si Laicus*, toca muy de paso la materia de esta fuerza; pues siendo la que principalmente examina la de no otorgar, solo advierte que aunque vayan por este medio al tribunal real los autos obrados por el juez eclesiástico; si de ellos resultase ser la causa profana, y proceder en ella contra legos, absorve esta, como de primer órden, la introducida de no otorgar, remitiendo los autos al juez seglar. Y al fin del citado *n.* 3. se excusa de extender sus investigaciones á las partes y artículos de esta fuerza, por la seguridad que tenia de haber tomado otros autores este empeño, y por lo mucho que confiaba de su erudicion y práctica que lo desempeñarian dignamente.

6 A mas de esto concurre, para no estar en esta materia tan de acuerdo con la doctrina del señor Covarrubias, el haber este autor adoptado unos principios, que debiendo ser el fundamento de su decision declinan á dar al Papa la misma potestad temporal *indirecta*, como se reconoce en los *números* 3. *y* 4. *cap.* 31. *de sus Prácticas.*

7 El señor Salcedo *de Leg. Polit. lib.* 1. *cap.* 18. hizo igual tratado de la fuerza de conocer y proceder; pero en él solo establece por sus principios la autoridad de los tribunales reales

para declararla y remitir los autos al juez seglar, sin internarse en otros puntos que tocan al órden de estos recursos y al uso práctico de ellos. Con los mismos principios generales y con el mismo objeto de justificar esta fuerza de conocer y proceder, la trató el señor Ramos *lib.* 3. *cap.* 52. *ad leg. Jul. et. Pap.*

8 Pareciéndome que podian reunirse en órden mas sencillo y claro todas las partes de este recurso, no solo en lo esencial sino tambien en sus calidades, mas conocidas por la práctica de los tribunales que por las disertaciones repetidas de muchos autores, empecé á escribir este tratado.

9 La fuerza consiste en que el juez eclesiástico pase en sus procedimientos la línea que le está señalada, y se meta en lo que privativamente pertenece al oficio de los reyes. Esta es una regla en que todos convienen. Las controversias se excitan sobre conocer lo que está dentro de las márgenes de estas dos supremas potestades.

10 Jesucristo señaló la primera línea divisoria por aquellas misteriosas palabras que refiere san Mateo al *capítulo* 16. *vers.* 19. *Et tibi dabo claves regni cœlorum. Et quodcumque ligaveris super terram, erit ligatum et in cœlis. Et quodcumque solveris super terram, erit solutum et in cœlis*; y en el *cap.* 18. *vers.* 15. al 17., en donde expresa los oficios caritativos de correccion, cuando estos no alcanzan á reducir al pecador á que siga las leyes del Evangelio, señala el último término á la potestad de la Iglesia: *Si autem Ecclesiam non audierit, sit tibi sicut ethnicus, et publicanus.*

11 Estos mismos límites dió Jesucristo á la potestad de los apóstoles: dentro de ella quedaron los ministerios de las cosas espirituales, y demas que tocan al gobierno de la Iglesia, sin incluir las profanas y temporales: el conocimiento de estas y de los delitos comunes civiles quedó al cargo de los emperadores y reyes y de sus respectivos magistrados; y en este ejercicio continuaron muchos años, sin diferencia de que fuesen reos demandados ó acusados los clérigos ó los legos; hasta que excitados los soberanos del amor á la Iglesia, y en justa recompensa de los buenos oficios que experimentaban de ella, apartaron de su potestad y jurisdiccion el conocimiento de las enunciadas causas y delitos en que fuesen demandados ó acusados los clérigos, y lo trasladaron á los obispos y jueces eclesiásticos.

12 Esta es una proposicion en que convienen con uniformidad los mas graves autores, siguiendo el órden de la Escritura sagrada, la observancia que califica la historia, llegando al término de las leyes antiguas de los romanos, y de las que se han continuado en estos reinos, señaladamente en la *ley* 12. del Código Teodos. *de Episcopis, Ecclesiis, et clericis*, de la cual hace memoria Baronio en sus *Anales Eclesiásticos año* 355 *num.* 83.; *leyes* 23. *y* 41. *del prop. tit.*: *Novel.* 93. y 123. *cap.* 21.; y las *leyes* 50. 55. *y* 56. *tit.* 6. *Part.* 1.

13 Si se atendiese solamente á la potestad que tenia la Iglesia por institucion divina, bastaria para la fuerza el que conociese de las causas profanas y temporales; pues esta sola condicion calificaria notoriamente su exceso; pero considerada la ampliacion que concedieron á los mismos jueces eclesiásticos los emperadores y reyes, es necesaria la union de las dos condiciones con que se explican los autores; esto es, que conozcan de cosa profana y contra lego; porque les está permitido conocer de dichas causas, cuando son demandados ó acusados los clérigos.

14 Por estos principios no se puede admitir la doctrina del señor Covarrubias *cap.* 31. *de sus Prácticas, número* 3., en donde establece en la tercera conclusion que aunque los clérigos quedaron sujetos por institucion divina á la potestad secular en todas las causas profanas, ya fuesen civiles ó criminales, en que se consideran como ciudadanos y partes de la república, podria sin embargo el sumo pontífice eximir sus personas y sus cosas de la jurisdiccion secular; y en conformidad á esta conclusion deduce otra al *num.* 4., en la cual establece que los príncipes seculares no pueden derogar

por sus propias leyes y autoridad la exencion que supone el mismo señor Covarrubias legítimamente dispensada por el Papa.

15 Con el mismo concepto se explicó el señor Salgado *de Leg. Polit. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 8., Bobadilla en el lugar citado, y otros muchos que se preocuparon en aquellos tiempos, y dieron al Papa el uso de la potestad espiritual y eclesiástica, extensivo á todas las cosas temporales si conducia al fin de las espirituales. Pero desterrada ya esta opinion por los sólidos fundamentos que han explicado otros muchos autores, y pudieran extenderse aquí, si no se interrumpiese con tan larga digresion la materia principal de que se trata; quedan en el dia reducidas las opiniones á los dos principios indicados; esto es, que por la ley evangélica fué limitada la potestad que concedió Jesucristo á la Iglesia al ministerio de las cosas espirituales, y que se amplió despues su conocimiento á las causas profanas y delitos civiles en que eran reos los clérigos.

16 En muchos años que he asistido de continuo á las salas de gobierno del Consejo, en las que se trata de las fuerzas de conocer y proceder que vienen á él, no he hallado que los jueces eclesiásticos ni los seculares hayan intentado conocer de las causas que consideraban pertenecientes á su fuero sin algunos probables fundamentos, que preservando la indicada division de sus facultades, ponian en duda su ampliacion; y para que las reglas generales reciban mejores luces con los ejemplos de los casos particulares que han ocurrido en el mismo Consejo, referiré algunos y los fundamentos de sus resoluciones.

17 El *cap.* 8. *ses.* 22. *de Reformat.* del santo Concilio de Trento, dispone en su primera parte lo siguiente: *Episcopi, etiam tamquam sedis apostolicæ delegati, in casibus à jure concessis, omnium piarum dispositionum, tam in ultima voluntate, quam inter vivos sint executores.*

18 Tres observaciones se presentan en la letra de este capítulo: la primera que los obispos tienen por su oficio el de ser ejecutores de las disposiciones piadosas, al cual se les agrega la facultad de delegados del Papa, como se percibe la conjuncion *etiam*, que une las dos autoridades; la segunda que no son ejecutores de las disposiciones pias ni aun con los dos respectos indicados en todos los casos y tiempos; y esto es lo que manifiesta la limitacion, *in casibus à jure concessis*: la tercera que el oficio de ejecutores les viene por suplemento de la ley cuando el testador ó el que dispuso *inter vivos*, no señaló personas que ejecutasen su voluntad pia, ó no la cumplieron en el término que debian hacerlo, ya fuese en el que determinan las leyes y los cánones, ó en el que les concediese el obispo, avisándoles una y dos veces para que cumpliesen debidamente su encargo.

19 En la segunda parte concede el Concilio al obispo el derecho de visitar todos los lugares pios, aunque esten al cuidado de los legos, tomar razon del estado de sus rentas, y ejecutar lo que no se hubiese cumplido en las causas y objetos piadosos.

20 Lo dispuesto en esta segunda parte no induce diferencia esencial de lo que contiene la primera: porque la visita es un conocimiento instructivo, que conduce mas seguramente á saber si las personas, aunque sean legas, á cuyo cargo está el cumplimiento de las causas pias, han distraido sus fondos en otros objetos, ó los han abandonado; y hallando que no les han dado el destino que debian, suplen su defecto los mismos obispos cumpliendo y ejecutando lo dispuesto por los fundadores, como se demuestra en las palabras, *cognoscant, et exequantur.*

21 Si el cumplimiento de las enunciadas disposiciones piadosas quedase á cargo de los herederos, porque lo ordenase así el testador, ó porque lo supliese la ley, ejercitará con estos el obispo toda su autoridad y oficio del mismo modo que con los ejecutores, de que trata el santo Concilio en la primera parte del citado *cap.* 8.

22 Esta regla no tiene cabida en los lugares pios, que estan bajo la inmediata proteccion de los reyes, á me-

nos que estos concedan á los obispos su real licencia; y esta limitacion que expresa el citado *cap.* 8. confirma mas la regla general insinuada.

23 El capítulo 9. siguiente autoriza igualmente á los obispos para exigir y tomar cuentas á los administradores, ya sean eclesiásticos ó legos, de cualesquiera lugares pios, á no ser que se hallase dispuesto lo contrario en su institucion. La toma y reconocimiento de las cuentas que deben dar dichos administradores todos los años, es otro medio equivalente al de la visita, para conocer el estado de los bienes y rentas destinadas á objetos piadosos, y asegurarse de su cumplimiento; y sino lo estuviesen, proveer lo conveniente para que se verifique, concediendo tiempo oportuno á las personas que tengan el cargo de cumplirlos; y no haciéndolo dentro de él proceden los obispos por censuras contra los pertinaces que resisten sus ordenaciones.

24 Esto es lo que esencialmente dispone el santo Concilio en los dos capítulos referidos, renovando lo que estaba dispuesto por los cánones antiguos y por las leyes de estos reinos; señaladamente en los capítulos 3. 6. 17. y 19. *de Testamentis*, en la *Clement.* 2. *de Religios. domib.*, y en las *leyes* 5. *y* 7. *tit.* 1. *Part.* 6.

25 Ni el santo Concilio de Trento en los capítulos citados, ni los cánones y las leyes que tambien se han referido, declaran si el conocimiento de los obispos en las cuentas que deben darles los administradores de los lugares pios, ha de ser judicial y contencioso ó puramente instructivo y extrajudicial; y si puede declarar por su sentencia los agravios que contengan las cuentas, hacer liquidar sus resultas, y proceder á su ejecucion contra los legos para emplearlas en cumplir los objetos piadosos de su destino.

26 Con bastante oscuridad y omision tratan los autores tambien esta materia. Bobad. *lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 138. *cas.* 94. no se extiende mas que á establecer que el obispo puede tomar cuentas á los administradores legos de los lugares pios, y que los puede visitar por sí solo ó juntamente con las justicias reales, como se explica en el *capítulo* 18. *del prop. lib.* 2. *número* 220. *cas.* 109.

27 Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 11. *n.* 1. pone á la letra el citado *cap.* 9. *ses.* 22., y reduce su conclusion á que el obispo puede mandar á los administradores que den las cuentas de los lugares pios; y que de estos mandamientos no hay apelacion suspensiva por ser sentencia interlocutoria sin gravámen, y ser tambien conforme á todos los derechos.

28 El señor Castillo *lib.* 8. *cap.* 7. *nn.* 12. *y* 13. procede con las proposiciones siguientes: *Sed et compellere potest episcopus laicos administratores hospitalium, confraternitatum, montis-pietatis, et quorumcumque piorum locorum ad reddendam rationem suæ administrationis, etiam ad solvendum id quod, accepta ratione, eos debere constiterit: alias namque nihil rationum redditio operaretur: unde et visitare potest hospitalia ipsa, et confraternitates.*

29 Con la misma generalidad proceden Gutierrez *en sus Cuestiones Canónicas lib.* 1. *cap.* 35. *desde el n.* 19. Barbos. *en sus Colectáneas al Concilio de Trento sobre los cap.* 8. *y* 9. *ses.* 22. *de Reformat.*; y otros muchos que tratan de esta materia.

30 Ninguno de estos autores determina los límites á donde puede llegar el obispo en la toma y decision de las cuentas, y en la ejecucion de sus resultas, ni señala los medios de que puede usar; y para quitar estas dudas, de que nacen las disputas entre los jueces eclesiásticos y reales, dando con ellas lugar á los frecuentes recursos de fuerza en conocer y proceder con exceso á sus facultades; conviene explicarlas con mayor claridad, distinguiendo por casos sus respectivos límites.

31 Si los administradores legos de los bienes y rentas de los lugares pios han presentado sus cuentas á la justicia real, y examinadas merecieron su aprobacion, quedan absueltos y libres de darlas nuevamente, y de sujetarlas al reconocimiento y discusion del obispo, aunque se las pida en la visi-

ta ó fuera de ella, y cumplen con exhibir las que vió y aprobó la justicia real; quedando reducida en este caso la autoridad del obispo á reconocer si los alcances que de las mismas cuentas resultaron contra los administradores se han empleado en los usos pios de su fundacion; y no lo estando mandar que lo hagan en el término que les señale, cuidando de su ejecucion, y haciendo que la tenga por los medios coactivos que incumben al obispo.

32 La verdad de la proposicion antecedente se prueba con evidencia por dos principios, que hacen regla en esta materia: uno procede de las leyes reales, que determinan y atribuyen á la justicia real la jurisdiccion de exigir las cuentas á dichos administradores, proceder en ellas por via instructiva ó por la contenciosa en juicio ordinario, declarar los agravios si los hubiese, y llegar por estos medios á la final determinacion.

33 La *ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 1. *de la Rec.* (Ley 1. tit. 17. lib. 6. de la Nov. Recop.) trata *en su primera parte* de las casas de san Lázaro y san Anton, y por ser del real patronato, provee lo conveniente acerca de que se visiten por las personas que nombrare S. M., y encarga estrechamente á los corregidores y justicias que son ó fueren en los lugares donde estuvieren las dichas casas, que con uno ó dos regidores del tal lugar las visiten cada seis meses y tomen sus cuentas.

34 En la segunda parte habla la citada ley de las otras casas que no fueren del patronato real, y previene que mandará S. M. dar sus cartas á los prelados y sus provisores, encargándoles que juntamente con las justicias de los lugares donde estuvieren las dichas casas, las visiten, y provean lo que les pareciere para el bien de ellas, y envien relacion al Consejo de lo que en las dichas visitaciones hallaren, y les pareciere que convenga de proveer y remediar.

35 Por esta ley se suponen habilitadas las justicias para visitar y proveer lo conveniente en las enunciadas casas, que notoriamente son lugares pios por el fin de su instituto; y los obispos se autorizan y excitan por las cartas y provisiones de S. M. para que concurran con las mismas justicias.

36 La *ley* 10. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 13. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Recop.) dice que no haciendo el comisario testamento, ni disponiendo de sus bienes, «vengan derechamente »á los parientes del que le dió el po»der, que hubiesen de heredar sus bie»nes ab intestato; los quales, en caso »que no sean fijos, ni descendientes, »ó ascendientes legítimos, sean obliga»dos á disponer de la quinta parte de »los tales bienes por su ánima del tes»tador.» [2].

37 Nadie puede dudar que esta quinta parte es un legado pio; y sin embargo no cumpliéndolo dentro del año los herederos, manda la ley: «Que »nuestras Justicias les compelan á ello, »y que ante ellas lo puedan demandar; »y sea parte para ello cualquier del »Pueblo.»

38 Si la ejecucion de este legado pio se encarga expresamente á las justicias reales, necesariamente deben estas tomar conocimiento del importe de los bienes de la herencia para sacar el quinto, y convertirlo por el ánima del testador.

39 La referida ley se mandó guardar en lo literal y expreso de ella por otra que se estableció en 2 de Febrero de 1766, y se publicó en 6 del propio mes; y añade para todos los casos en que sin haber dejado comisarios muriesen *ab intestato*, que sus bienes y herencias se entreguen íntegros sin deduccion alguna á los parientes que deben heredarlos, segun el órden de suceder que disponen las leyes del reino: que los referidos herederos *ab intestato* tengan obligacion de hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, sobre que se les encarga su conciencia.

40 Todos los referidos sufragios son propiamente pios, y en el caso de no cumplir los herederos con esta obligacion, manda esta ley que se les compela á ello por sus propios jueces; y como estos no pueden ser otros res-

pecto de los herederos legos que las justicias ordinarias, viene á confirmarse su jurisdiccion para hacer cumplir lo que se destina á causas pias.

41 Los bienes que han de servir á dicho fin pio son profanos; y si los herederos son legos, se unen las dos calidades en que las justicias reales pueden ejecutar su jurisdiccion en todos los casos de las leyes referidas, y en cualquiera otro en que como administradores de lugares pios deban dar cuentas y cumplir las obligaciones de su destino: porque los bienes de estos lugares pios mantienen la naturaleza de temporales sujetos á la jurisdiccion real, como lo estan igualmente sus administradores legos: Luca *de Jurisdict. part.* 1. *discurs.* 40. *n.* 13. ibi: *Licet enim ratione operum, quæ exercentur, ista dicantur loca pia, non tamen dicuntur ecclesiastica.*

42 Los autores conceden á las justicias reales jurisdiccion para visitar los lugares pios, tomar sus cuentas y mandar cumplir las obligaciones de su instituto, sin que en esto tengan dependencia de los obispos ni de sus provisores. Así lo reconocen el señor Covarrubias *de Testament., cap.* 6. *n.* 1. Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 228.: Ceballos *de Cognition. per viam violent. quæst.* 31. *num.* 1.: Barbosa *de Offic. et potest. Episcop. allegat.* 82. *num.* 17. *vers. Quæ quidem:* Molina *de Just. et jur. tract.* 2. *disput.* 250. *n.* 1.; quienes sienten unánimemente que esta materia de visitar y tomar cuentas, y compeler al cumplimiento de las pias memorias, es de fuero misto, y que pueden conocer de ella á prevencion las justicias reales y los obispos.

43 La aprobacion de las cuentas presentadas por dichos administradores á los jueces reales, consentida por los interesados (por no haberlas reclamado ni apelado), acaba el juicio, y hace todos los efectos de cosa juzgada la sentencia definitiva, en que aprueban las cuentas en todo ó bajo de ciertas limitaciones; y en este concepto no puede ser inquietado el administrador con nuevo juicio ni exámen, y debe permanecer firme el que dió el juez real segun la regla general de todas las sentencias, que por no reclamarse pasan en autoridad de cosa juzgada.

44 La sentencia que se da sobre cuentas tiene otra particular confirmacion en las leyes que disponen que las que se dieren y aprobaren una vez no se puedan pedir ni examinar de nuevo: *ley* 2. *Cod. de Apochis publ.* ibi: *Semel securitatem de refussione munerum emissam ab alio judice, non liceat refricari*: *ley* 30. *tit.* 11. *Part.* 5., y la 19. *tit.* 22. *Part.* 3.: Escovar *de Ratiocin. cap.* 1. De otro modo se harian interminables las causas, faltaria la seguridad de los que litigan, y se caeria en una turbacion general de la república contra lo que tan estrechamente disponen todos los derechos en cuanto á la brevedad y fin de los pleitos.

45 Con solo haber presentado el administrador sus cuentas al juez real competente, no puede el obispo ni sus visitadores obligarle á que las dé comprensivas del mismo tiempo, á que se extienden las que dió anteriormente al juez real: porque la prevencion del uno extinguió la autoridad y jurisdiccion del otro para aquel caso; y entra la regla siguiente: *Ubi cœptum est semel judicium, ibi finiri debet.*

46 De los efectos que causa la prevencion para que se unan y acumulen los procesos, y no se divida la continencia de la causa, trataron largamente Carleval *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 2., Parlador *Rer. quotidianar. cap.* 9. con otros muchos que refieren, conviniendo todos en los graves daños que padecerian los que litigan y el público siguiendo dos juicios, y exponiéndose á que las sentencias fuesen contrarias ó diversas cuando concurren las tres identidades de accion, de cosas y de personas.

47 Si en los dos casos referidos intentase el obispo molestar al administrador de los lugares pios con la presentacion de las cuentas de sus bienes y rentas, obrará sin jurisdiccion, y hará conocida fuerza y violencia en conocer y proceder.

48 El tercer caso se reduce á que el obispo puede pedir al administrador, y éste no se debe excusar de presen-

tarle las cuentas del tiempo en que no las hubiese dado, ya sea al mismo obispo ó ya á los jueces reales; y en esta vista, y de lo que despues de examinadas liquiden los contadores, no hallando el administrador reparo, ni haciendo contradiccion á lo que hayan estimado dichos contadores, procede el obispo por la conformidad de los interesados á aprobar las cuentas, y si resultasen alcances contra el administrador, que deban convertirse en cumplir las obligaciones pias, puede mandar que se ejecute en el término que le señale, ó disponer por sí mismo el mas pronto y exacto cumplimiento.

49 Estos son los límites á que entiendo yo que llega la facultad del obispo en estas materias; pero si el administrador no se conformase con los cómputos de los contadores ni con la decision del obispo, porque le aumentasen el cargo, ó le disminuyesen la data; dejará de ser líquido lo que hayan dicho los contadores y determinado el obispo, y se hará contencioso en via ordinaria este juicio; del cual no puede conocer el tribunal eclesiástico, y es preciso que se remita al juez real, y que se espere su determinacion en las dudas y agravios que se propongan, sin perjuicio de que mande ejecutar el obispo las resultas que haya confesado el administrador en su citada cuenta: porque lo líquido no se retarda por lo que no lo está.

50 La proposicion antecedente se demostrará en todas sus partes por la letra y por el espíritu de las disposiciones del santo Concilio de Trento en los capítulos citados. El *cap.* 15. *de la ses.* 7. *de Reformat.* dice: *Curent Ordinarii, ut hospitalia quæcumque à suis administratoribus, quocumque illi nomine censeantur, etiam quomodolibet exemptis, fideliter, et diligenter gubernentur, constitutionis Concilii Viennensis, quæ incipit,* «Quia contingit,» *formá servatá.*

51 La palabra *curent* con que empieza este capítulo manifiesta un cuidado de celo y diligencia extrajudicial, como el que tienen los curadores que administran los bienes de los menores, de cumplir por sí y sus dependientes su oficio público, sin que en esto hagan uso de autoridad judicial; y así se explica su oficio con toda propiedad en la palabra *curatores.*

52 Si los que administran los hospitales lo hacen fielmente y con toda diligencia, no entra el obispo con su autoridad y superintendencia; por ser necesario para que la ejercite que conste primero la negligencia, dolo y distraccion de los administradores; y estas calidades no pueden acreditarse con la plena justificacion que requieren, por ser de mero hecho y en grave daño de las personas á quienes está confiada la administracion y gobierno de los lugares pios por disposicion del fundador, por la ley ó la costumbre; á no ser que las confiese el mismo administrador en el acto de la inspeccion ó visita del obispo, ó se le convenza despues de oidas sus defensas en un juicio ordinario contencioso, del cual no trata el citado *cap.* 15., ni hay cláusula alguna que lo indique.

53 El *cap.* 8. *de la ses.* 25. *de Reformat.* confirma mas expresamente las proposiciones que sirven de objeto al discurso en esta parte: en la primera supone que los que administran hospitales y otros lugares pios deben cumplir religiosamente sus destinos en cuanto alcancen los frutos de sus rentas, *ibi*: *Ex fructibus ad id deputatis, actu exerceant.*

54 La segunda parte del referido *cap.* 8. procede en el supuesto de que dichos administradores, aunque sean legos, habiendo sido avisados por el ordinario, no cumplan con el instituto de su oficio. El hecho de su negligencia debe constar á primera vista por notoriedad, como lo da á entender bien claramente el mismo santo Concilio en las siguientes palabras: *Re ipsa obire cesaverint,* sin que se haga memoria de discusion ni proceso judicial.

55 En este caso de estar probado por hecho notorio el abandono de los administradores, procede el obispo á compelerlos por censuras y otros remedios de derecho, en lo cual consiste la ejecucion de las voluntades pias.

56 El enunciado *cap.* 8. *de la*

ses. 22. de Reformat. concede á los obispos por su autoridad, y como á delegados de la silla apostólica, que sean ejecutores de todas las disposiciones piadosas, ya procedan de última voluntad ó ya de contrato *inter vivos*, en los casos que concede y permite el derecho, como son cuando los comisarios ó administradores, á quienes está encargado su cumplimiento por los fundadores, no le han dado el que corresponde, por haber muerto, por abandono, ó por haber llegado al extremo de disipar los bienes de la fundacion. Entónces se subrogan los obispos por derecho en el lugar y facultades, que tenian los comisarios y administradores nombrados por los mismos fundadores, y por la ley de la subrogacion reciben igual facultad para ejecutar lo dispuesto por ellos.

57 Continúa el mismo *cap.* 8. confiriendo al obispo el derecho de visitar estos lugares pios, aunque se administren y gobiernen por legos. El fin á que se dirige esta inspeccion ó visita, está contenido en las palabras del mismo capítulo, y es para asegurarse por este medio pronto y extrajudicial del celo de los administradores en el exacto cumplimiento de su oficio, ó de la inaccion y mala fe con que proceden en perjuicio de las causas pias.

58 El *cap.* 9. *de la misma ses.* 22. *de Reformat.* ratifica la obligacion de los administradores de lugares pios, de dar cuenta y razon de ellos al ordinario eclesiástico. Esta es su primera parte, en la cual está conforme con las otras disposiciones del mismo santo Concilio que se han referido, y debe recibir la propia inteligencia en el modo y forma del exámen y aprobacion de dichas cuentas, y ejecutar sus resultas en beneficio de la causa pia, cuando los contadores estan conformes en su cálculo, y el juez interpone su aprobacion con arreglo en todo á la *ley* 24. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 4. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Rec.)

59 En el epígrafe de las declaraciones y notas de Gallemart sobre el citado *cap.* 9. se dice lo siguiente: *Extra visitationem non habet locum hoc decretum.* Por otra parte consta, y está bien probado por las leyes y por los autores que el juicio de cuentas exige audiencia de las partes, y prueba de los agravios y contradicciones que proponen, como funda largamente con otros que refiere Escovar *de Ratiocin. cap.* 31.

60 ¿Cómo pues se hará compatible este juicio, aunque se le dé el nombre de instructivo, con el acto de la visita del obispo, que debe ser expedito, en breve tiempo, y con poco acompañamiento, para excusar gastos, como previene el santo Concilio de Trento en el *cap.* 3. *ses.* 24. *de Reformat.*? ibi: *Monentur prædicti omnes, et singuli ad quos visitatio spectat, ut paterna charitate, christianoque zelo omnes amplectantur, ideoque modesto contenti equitatu, famulatuque studeant quam celerrime, debita tamen cum diligentia, visitationem ipsam absolvere.*

61 Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 15. trata largamente de la visita que hacen los ordinarios eclesiásticos ó sus comisionados, y procede con dos proposiciones elementales en la materia: la primera es que los decretos de visita, como que se dirigen al fin principal de introducir la sana doctrina, mantener las buenas costumbres, y corregir las malas, como se expresa en el citado *cap.* 3. *ses.* 24. *de Reformat.*, se ejecutan sin embargo de apelacion.

62 Por limitacion de esta regla dice en la segunda proposicion que no tiene lugar cuando el visitador procede, habiendo citado á la parte con un conocimiento judicial, *ibi n.* 62. *et* 66. *In causis vero visitationis Ordinariorum, aut correctionis morum, quoad effectum devolutivum tantum admittitur, nisi de gravamine per diffinitivam irreparabili agatur; vel cum visitator, citata parte, et adhibita causæ cognitione, judicialiter procedit; tunc enim appellationi locus erit, etiam quoad effectum suspensivum.* Y á los *nn.* 64. y 65. da la razon, *quod in visitatione proceditur per modum provisionis:::::: quia in visitatione, et correctione morum sui prima natura attenta, proceditur extrajudicialiter per modum fori pœnitentialis.* Con los mismos sentimientos se explicó el cardenal de Luca acerca

de los enunciados capítulos del santo Concilio *en sus Anotaciones discurs.* 10., y en el *lib.* 3. *de Jurisdict. discurs.* 40.

63 La segunda parte del referido *cap.* 9. *ses.* 22. comprende el caso en que por costumbre, privilegio ó constitucion del lugar pio se haya de dar la cuenta á los que se hallasen nombrados para recibirla, con los cuales dice el santo Concilio que puede asistir el ordinario; y que de otro modo los finiquitos ó liberaciones, que se dieren á los administradores, no los aseguran en sus cuentas.

64 Entonces concurre el obispo con la misma cualidad que tienen los diputados, y no residiendo en estos por su constitucion la de jueces para el exámen, conocimiento y decision de las cuentas, *quia privatorum consensus judicem non facit eum, qui nullo præest judicio*; se manifiesta no ser este acto judicial ni contencioso, y que solo interviene el obispo con una inspeccion que le asegure que no hay fraude ni colusion en la cuenta, pero sin internarse en las dudas y controversias de hecho ó de derecho que necesiten alto exámen ó prueba judicial.

65 Para que esta prueba se ejecute por los medios legales, debe remitirse la cuenta que presentasen los administradores legos con los recados de justificacion á la justicia real: porque siendo las rentas temporales y el administrador lego, concurren todas las partes que hacen privativa su jurisdiccion.

66 Este medio de dar noticia á los jueces reales, obispos y otros eclesiásticos de lo que conviene enmendar, y no toca á la autoridad de la Iglesia, está aprobado muchas veces por las leyes del reino. La *ley* 48. *tit.* 6. *Part.* 1. dispone entre otras cosas lo siguiente: «Cuando el juez seglar non quiere facer derecho á los que se querellan de »algunos, á quien él ha poder de judgar; estonce puede el obispo amo»nestarle que lo faga, é si non lo qui»siere facer, dévelo embiar á decir al »Rey, por desengañarlo del fecho de »su tierra: é non tan solamente déven »los Perlados desengañar á los Reyes »en esta razon, mas en todas las co»sas en que entendieren que seria pro »comunal del Rey, é de la tierra, é »desviamiento de daño.»

67 La *ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 1. *Recop.* (Ley 8. tit. 5. lib. 12. de la Nov. Rec.) prohibe el abuso de jurar en vano: establece graves penas contra los que cayeren en este abominable delito; y encarga estrechamente su ejecucion á la jurisdiccion ordinaria, para que por ella y su mano sean castigados, sin que puedan declinar jurisdiccion, ni formar competencia, ni admitirse en cuanto á este delito, y pena que por él se ha de imponer. Y en el cap. 5. se ruega y encarga á los arzobispos, obispos, y prelados de las religiones «dén »cuenta, y avisen á los del nuestro »Consejo en todos los casos, y de las »personas, que contravinieren á esta »ley, y fueren notadas, ó dieren es»cándalo con este pecado, para que »visto por los del nuestro Consejo, se »ejecuten las penas susodichas, y las »demas que pareciere: asegurando, co»mo aseguramos, á los dichos Arzobis»pos, y Perlados que se les guardará »el secreto.»

68 En el capítulo 6. de la propia ley se manda á los curas y demas personas eclesiásticas que «con el mismo »secreto dén cuenta á las Justicias de »cada Ciudad, Villa, ó Lugar, de todo »lo que hubiere digno de remedio y »castigo; y sino lo castigaren, la dén »á los de mi Consejo, y qualquiera de »ellos, para que con el rigor que con»viene, se proceda contra los unos, y »contra los otros.»

69 La *ley* 1. *tit.* 2. *del mismo lib.* 1. (Ley 10. tit. 1. lib. 1. de la Nov. Rec.) defiende: Que «ningunas personas »sean osadas de se arrimar, ni echar, »ni se echen, ni arrimen sobre los Al»tares de las Iglesias y Monasterios,» con otras cosas dirigidas á mantener la devocion y decoro en los divinos oficios, bajo las penas que impone á sus contraventores; y al fin de esta ley se encarga asimismo á los curas y prelados de los dichos monasterios é iglesias: Que «requieran y amonesten á »los dichos nuestros Jueces, que así lo »hagan, y cumplan.»

70 Estos ejemplares y otros muchos,

que refieren las leyes del reino, confirman la bella union y armonía que deben llevar las dos jurisdicciones, confiando la una de la otra que cumplirá religiosamente lo que corresponde á su fuero; y mucho mas cuando se interesan las causas piadosas, y cuanto conduce al mejor servicio y culto de Dios, al bien y proteccion de las iglesias, al remedio de pecados públicos, y á otros fines piadosos, que están bajo del cuidado y proteccion de los reyes, y se han confiado al Consejo, como uno de sus primeros objetos, como se manifiesta en la *ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 6. tit. 5. lib. 4.; ley 9. tit. 2. lib. 3.; ley 9. tit. 12. lib. 4. de la Nov. Recop.)

71 Por estos medios lograrán los obispos y visitadores eclesiásticos asegurarse del cumplimiento de las causas pias, sin mezclarse en controversias judiciales dilatadas y ruidosas, que ni pueden evacuar en el breve tiempo de su visita, ni conviene llevarlas á sus juzgados ordinarios, obligando á los legos (que en el caso de dar cuentas, y satisfacer los cargos, siempre son reos) á que litiguen en dichos tribunales sobre las cosas temporales que administran; aunque su producto líquido se haya de invertir en fines piadosos.

72 En consideracion á los cánones, á las leyes y á los autores que tratan de este punto, teniéndola tambien á los fundamentos que van expuestos, y he repetido muchas veces en el Consejo en iguales casos que han ocurrido; ha declarado siempre el Consejo que los visitadores eclesiásticos hacen fuerza en conocer y proceder.

73 Los visitadores que fueron á la villa de Colmenar Viejo, arzobispado de Toledo, motivaron con sus procedimientos en el exámen y toma de cuentas de las memorias pias, establecidas en dicha villa, varios recursos que introdujeron en el Consejo la justicia y vecinos de ella; y con presencia de todas sus circunstancias, examinadas con la mas detenida reflexion, y oidas las razones que expuso el señor fiscal, tomó el Consejo una resolucion, que no solo enmendó las violencias que se motivaron en los citados recursos, sino que dió reglas para evitarlas en las visitas sucesivas; mandando que dichas fundaciones en todo lo respectivo á estudios, dotes, maestros, limosnas y demas fines de utilidad pública, se entablen en el Consejo, y conozca de todos los asuntos é instancias, que en su razon ocurrieren, la justicia ordinaria con las apelaciones en las disputas entre partes á la chancillería: que se remitan al Consejo las cuentas de cada memoria con separacion y justificacion, incluyendo la respectiva al aprovechamiento de los estudiantes, y liquidándose por el contador de obras pias en la forma ordinaria, se aprueben, ó providencie lo conducente: que los respectivos patronos tomen las cuentas á los administradores ante la misma justicia, la cual no permita el pase ni abono de ninguna partida, que no fuese arreglada á lo dispuesto por los fundadores; disponiendo tambien que cualesquiera alcances se pongan en arca de tres llaves, todo sin perjuicio de que los visitadores eclesiásticos puedan reveer las cuentas, á fin de enterarse del cumplimiento de misas y demas cargas de esta clase; y hacer cumplir las que no lo estuvieren, llevando solo los derechos que estuviesen señalados en las fundaciones.

74 Esta resolucion se ha mandado guardar muchas veces en el Consejo, como sucedió en la visita de los hospitales de las villas de Illescas y de Aljofrin; y ha servido de regla constante en iguales casos para declarar la fuerza en conocer y proceder de los visitadores que contravienen á ella.

75 En Madrid llegó á ser tan general el abuso del tribunal de la visita, en cuanto á mezclarse en las fundaciones pias y patronatos laicales, con pretesto del cumplimiento de misas y otras cargas, haciendo que los patronos y administradores diesen y presentasen sus cuentas, adicionándolas y reparándolas con audiencia de los administradores, y formando juicios contenciosos, que excitó este desórden el celo del Consejo para nombrar un defensor general por real provision de 13 de Setiembre de 1769; á quien

se previno en los *capítulos* 8. *y* 9. de la instruccion que se le dió, que se enterase de las fundaciones y de su cumplimiento, para pedir remedio en lo que lo mereciese, haciendo poner un asiento de las cláusulas y tiempos de las fundaciones y de su estado para que sirviese de gobierno y guia á sus sucesores: que se actuase de lo que pasaba en la visita á fin de poder reclamar cualquiera desórden, ó pedir noticia de los patronatos de legos, para que su conocimiento se remitiese á las justicias reales, con obligacion de hacer cumplir las cargas, que suele ser el pretesto de la avocacion á dicho juzgado de visita, el cual cesará con el cumplimiento; y en el capítulo 10. se le manda que sobre esto introduzca los recursos de fuerza y demas instancias convenientes á indemnizar la jurisdiccion real, y facilitar el cumplimiento de las fundaciones, memorias ó patronatos.

## CAPÍTULO III.

*De la misma fuerza de conocer y proceder en la publicacion del testamento, en cuanto á su nulidad, y en el inventario de los bienes de la herencia.*

1 Los clérigos de órden sacro pueden disponer por testamento, no solo de sus bienes patrimoniales sino tambien de los adquiridos por razon de una iglesia ó iglesias, beneficios y rentas eclesiásticas segun la costumbre antigua de España, mandada guardar por la *ley* 13. *tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 13. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Recop.)

2 Pueden los enunciados eclesiásticos instituir por sus herederos indiferentemente á legos y á clérigos; y unos y otros tienen dos beneficios para preservarse de los daños que les podrian venir de admitir inconsideradamente la herencia: uno antiguo reducido á pedir tiempo suficiente al juez del lugar en donde esté la mayor parte de la herencia para tomar consejo, y deliberar sobre admitirla, ó renunciarla; y se le debe conceder á lo menos el de cien dias, conforme á las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 6. *Part.* 6.; *y á la* 22. *Cod. de jur. deliberandi.*

3 Este remedio no llenaba cumplidamente la seguridad de los herederos, porque el consejo podia salir fallido, y hallarse despues complicados con deudas excesivas al valor de la herencia, á que serian responsables con sus propios bienes. Para ocurrir á este daño estableció Justiniano un nuevo medio, reducido á que los herederos antes de mezclarse en la herencia pidan al juez, que debe conocer de ella, que mande hacer inventario con citacion de todos los interesados por testimonio de escribano público de los bienes y derechos activos y pasivos que ella contiene; pues verificado así no es responsable el heredero á mas de lo que importen los bienes, y aun de ellos puede sacar en su caso la cuarta falcidia: *ley* 22. §. 4. *Cod. de jur. deliberand.* §. 5. *Institut. de Hæred. qualit. et different.* *ley* 7. *tit.* 6. *Part.* 6.

4 De estos preliminares tomaron ocasion los autores para tratar por su órden tres puntos: el primero si la insinuacion ó publicacion del testamento puede y debe hacerse ante el juez eclesiástico ó ante el real: el segundo si el inventario de los bienes de la herencia, antes de ser admitida por el heredero, se ha de hacer por el juez eclesiástico ó por el real: el tercero si lo que se demandare á la herencia yacente, se debe hacer en el fuero eclesiástico ó en el real; y últimamente incluyen en la razon de estas dudas el testamento en que se mandan distribuir todos los bienes en causas pias.

5 El señor Covarrubias en el *cap. Si hæredes* 6. *de Testament. n.* 3. dice: *Ex eadem ratione, et insinuatio testamenti fit, ut quæ semel apud judicem comperta fuerint, non possint ullo modo interverti:::: quæ quidem insinuatio potest fieri apud judicem ecclesiasticum, licet testamentum non sit in piam causam conditum, argumento sumpto ab hoc capite.*

6 Refiere el señor Covarrubias algunos autores que comprueban su opinion, y se hace cargo de la contraria que indica la glosa, acerca de que el testamento se debe insinuar ante el

juez seglar; pero ésta sola la admite en el caso de ser el testador lego, y no constar que haya mandado distribuir todos sus bienes en causas pias.

7 Gutierrez *Practicar. quæstion. lib.* 2. *q.* 48. *n.* 3. *in fine*, dice: *Poterit sane publicatio testamenti clerici, vel etiam laici, ubi constaret ad pias causas conditum esse, coram ecclesiastico judice fieri.*

8 Molina *de Justit. et jur. tract.* 2. *disput.* 250. *n.* 6. sigue al señor Covarrubias en el lugar citado en cuanto á que la insinuacion del testamento del lego debe hacerse ante el juez seglar; y continúa diciendo: *Quando vero testator est ecclesiasticus, debet fieri coram judice ecclesiastico: denique quando compertum est testamentum laici esse solum ad pias causas, posse insinuationem promiscue fieri coram judice ecclesiastico, vel sæculari.*

9 Carleval *de Judiciis tit.* 1. *disput.* 2. *n.* 337. trata de los inventarios de los bienes del clérigo difunto, y refiere ser opinion comun por los muchos autores que cita, que debe hacerse ante el juez real, cuando se empezare el inventario despues de *adida* la herencia por el heredero lego, como lo funda y expresa en los *nn.* 338. y 339.; pero si se hace estando la herencia del clérigo yacente, opinan algunos autores, que refiere al *n.* 340., que debe hacerse ante el juez eclesiástico; y se fundan en que representando al clérigo difunto, se consideran los bienes en su dominio, como lo estaban cuando vivia, y con la misma inmunidad y exencion del fuero real.

10 Esta consideracion pareció de tanto peso al mismo Carleval que confesó al *n.* 342. ser mas conforme á derecho la primera opinion; esto es, que en el caso de empezarse el inventario de la herencia yacente del clérigo, debia hacerse ante el juez eclesiástico: y recurrió para sostener la suya á la costumbre, que supone introducida en España á favor de los jueces reales, *ibi*: *Quare censeo quidem rigori juris conformiorem primam prædictam sententiam Francisci Marci, nisi Hispaniæ consuetudo secundam sententiam introduxisset.*

11 Este discurso de Carleval es muy débil y miserable; pues supone que no hay razones sólidas para mantener la jurisdiccion real en la formacion del inventario con exclusion de la eclesiástica; siendo así que á los fundamentos que exponen los muchos autores, que llevan esta segunda opinion, pueden añadirse otros de mayor consideracion: tales son que los bienes de la herencia del clérigo, aunque esté yacente, son temporales por su esencia y naturaleza, y sujetos á la jurisdiccion real; y que la testacion, sus fórmulas y solemnidades proceden en todo de las leyes reales, y debe corresponder su exámen y decision á la propia autoridad real.

12 Lo mismo sucede en las sucesiones *ab intestato*, porque estan ordenadas por las mismas leyes reales. Los clérigos no disponen de sus bienes en las últimas voluntades en el concepto de clérigos sino en el de ciudadanos, y por esta representacion comun á los demas del estado, deben estar sujetos á la ley general.

13 Que la herencia yacente represente la persona del difunto, que sus bienes se consideren en su dominio y posesion con los mismos efectos civiles que cuando vivian, procede de una ficcion comun á todos los hombres, sin distincion de que sean legos ó clérigos; pero este remedio fué inventado por la sutileza de los romanos para ciertos fines útiles á la causa pública segun su legislacion, y no se debe extender á otros objetos, especialmente si resultase de su ampliacion grave perjuicio á la misma causa pública ó á otro tercero; y esto se verificaria, si entrase con estos pretestos el juez eclesiástico por medio del inventario, á ocupar los bienes de la herencia del clérigo, á depositar y asegurar sus bienes, á nombrar curador, y á hacer cualquier otro acto relativo á los mismos bienes en perjuicio de la jurisdiccion real.

14 Las proposiciones antecedentes se prueban en todas sus partes por muchos medios: el primero que no hay ley real, ni entre los romanos la hubo, que determine que el inventario de los bienes de la herencia yacente se deba

hacer por el que fué juez del difunto: tampoco la hay que decida por regla universal que la herencia represente la persona del difunto para todos los efectos que serian propios del mismo testador. Lo único que se halla en las leyes de los romanos, y se trasladó á las del reino, es que para evitar la nulidad de algunos actos, en cuya subsistencia se interesa la causa pública, se imaginase y fingiese la existencia de la misma persona que habia muerto; y como este es un beneficio extraordinario, no puede extenderse de un caso á otro, y menos aplicarse á diversos fines, en los cuales no concurre la utilidad pública.

15 El siervo de la herencia yacente no tenia por sí capacidad para ser instituido heredero, ni la podia recibir del difunto, ni del instituido en aquella herencia: del uno, porque no existia, y del otro, porque no habia llegado el caso de serlo, supuesto que no habia explicado su voluntad por palabras ni por hechos. Por consecuencia sería nula la institucion del siervo hereditario, pues debia concurrir su capacidad en el tiempo de la institucion y en el de la muerte del testador; y para dar valor á la institucion del siervo hereditario, fingió el derecho de los romanos que vivia su antiguo dueño, y que recibia de él la capacidad que por sí no tenia.

16 El medio de adquirir por la usucapion interesaba á la causa pública, para que los verdaderos dueños de los bienes no los abandonasen: porque de esta negligencia resultaba ser poco útiles á la república, pues se perdian y deterioraban, faltando el primitivo objeto en que se motivaron los dominios particulares de los bienes.

17 El referido medio de adquirirlos por usucapion se restringió á ciertos límites, cuales fueron entre otros que empezase por la posesion, y que continuase en ella sin interrumpirse todo el tiempo necesario á completar la adquisicion del dominio. La muerte del poseedor cortaba esta continuacion, y viniendo el heredero la adquiria de nuevo, siendo preciso que desde este principio se contase el tiempo hasta completar el señalado por las leyes; y como las muertes son frecuentes, y rara vez tenia lugar la usucapion, el público padecia el daño de tolerar tan largo tiempo el abandono de los verdaderos dueños de dichos bienes; y resultaban las perniciosas consecuencias que el derecho quiso prevenir habilitando este medio de adquisicion, como si los antiguos dueños enagenasen con voluntad propia los bienes por el hecho de no cuidarlos tan largo tiempo.

18 Por estas consideraciones permitieron las leyes que se continuase la posesion en la herencia, fingiendo que la mantenia el difunto como si viviese, y viniendo despues el heredero, se unia tan íntimamente con el último momento de la vida del difunto, que se fingia haber sido este el verdadero poseedor. Todas estas ficciones complicadas y al parecer contrarias llenaron su objeto en los casos particulares á que se destinaron. ¿Pero habrá alguno que las extienda y aplique al caso de hacer descripcion ó inventario de los bienes de la herencia, fingiendo que vive el que los dejó, y que mantiene su fuero privilegiado? ¿Qué interes tiene el estado en que el inventario se haga por el juez eclesiástico y no por el real? ¿No se dirige á mantener con seguridad los bienes de la herencia en beneficio del que los ha de llevar, supliendo la ley el cuidado que no puede tener el heredero, ya sea escrito, ó ya venga *ab intestato*, porque hasta que explique su voluntad, es incierto si lo será? ¿No seria pues mas propio en este caso que la herencia representase la persona del heredero, ya fuese el escrito, ó cualquiera otro que la adquiriese despues?

19 Últimamente yo permitiria, para dar mayor convencimiento á la opinion de los que autorizan al juez eclesiástico para hacer el inventario de la herencia del clérigo difunto, que le representase con toda la propiedad imaginable; y sin embargo entenderia que aquellos bienes no gozaban del privilegio del fuero, y que lo habian perdido con la muerte de su poseedor.

20 La prueba de esta última pro-

posicion debe tomarse del orígen del mismo privilegio concedido á los eclesiásticos. Es notorio que todos los bienes temporales de la república estuvieron en su orígen bajo de su dominio y potestad; y que su distribucion y adquisicion por los medios de ocupacion, y otros que señalaron las leyes, se debió igualmente á las supremas potestades temporales, dirigidas al fin de la mayor utilidad pública, que resultaria del mas diligente cuidado en su conservacion y aumento, á que se excitarian los hombres por el propio interes; y así no hay otro título para poseer y gozar los bienes profanos, que el que nace de la potestad pública civil, y que á la misma toca privativamente conocer de su pertenencia, y de todos los derechos de que son capaces, y distribuirlos, ó declararlos en justicia á favor de los ciudadanos del estado que justifiquen sus demandas. Este es uno de los principios mas sólidos en que se afianza el buen órden del gobierno y la tranquilidad del estado; y era consiguiente que estuviese en manos de los reyes.

21 Aunque los soberanos no podian desprenderse en lo general de esta nativa potestad, les era lícito dispensar en alguna parte por justas y graves causas que interesasen al beneficio público; y en ningunas personas reconocieron mas altos y recomendables motivos que en los clérigos, para libertarlos de la antigua sujecion que tenian á los jueces seculares, como lo hicieron por sus leyes repetidas en todos tiempos desde los emperadores romanos, encargando á los obispos y á los demas jueces de la Iglesia el conocimiento de las causas en que fuesen demandados los clérigos; y esta fué una de las ampliaciones que por franqueza y liberalidad recibieron de los reyes.

22 El fin que movió á los soberanos para conceder á los clérigos estas franquicias se expresa en las mismas leyes, reducido á que se ocupasen constantemente en los ministerios espirituales, y no fuesen distraidos ni molestados en los juicios contenciosos de los tribunales reales.

23 De estos principios nacen otros dos, y consisten en que las cosas vuelven mas fácilmente á aquel primitivo estado de donde se apartaron por algun privilegio ó disposicion particular: que cesando la causa debe cesar el efecto; y en el clérigo que ha muerto no se verifica la causa indicada, y los bienes profanos que deja recobran su nativa sujecion á la potestad temporal.

24 Con atencion á las razones expuestas he visto que el Consejo en los casos referidos y otros semejantes declara que el juez eclesiástico, que intenta mezclarse en la publicacion del testamento del clérigo, en el inventario de sus bienes, aunque los destinase enteramente á causas pias, y en conocer de la nulidad del mismo testamento y sucesion de la herencia, que pretenden *ab intestato* los parientes, «hace »fuerza en conocer y proceder.»

25 La justicia de estos decretos se calificó en real cédula de 15 de Noviembre de 1781, por la cual se encarga á las chancillerías y audiencias que en adelante no permitan que los tribunales eclesiásticos tomen conocimiento de la nulidad de testamentos, inventarios, secuestros y administracion de bienes, aunque se hubiesen otorgado por personas eclesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios fuesen comunidad ó persona eclesiástica, ú obras pias. Fúndase esta soberana resolucion en que en dichos juicios todas las partes son actores al todo ó parte de la herencia, que siempre se compone de bienes temporales y profanos: que la testacion es acto civil sujeto á las leyes reales sin diferencia de testadores, y el testamento un instrumento público, que tiene en las leyes prescrita la forma de su otorgamiento; y por estas razones debian acudir las partes ante las justicias reales ordinarias.

## CAPÍTULO IV.

### *De la fuerza en conocer y proceder en las causas decimales* [3].

1 El quinto mandamiento de la santa madre Iglesia obliga á pagar

diezmos y primicias á la Iglesia de Dios. El Concilio general Lateranense IV, celebrado en tiempo de Inocencio III año de 1215, ratifica en el *cap.* 54. el mismo precepto de pagar diezmos y primicias de todos los frutos, con preferencia á las semillas que los hubiesen producido, y á las demas cargas y obligaciones.

2 El Concilio general de Constanza año de 1415, entre las proposiciones ó artículos que condenó de Juan Wiclef, fué una la 18., que decia lo siguiente: *Decimæ sunt puræ eleemosynæ, et parochiani possunt propter peccata suorum prælatorum ad libitum suum aufferre eas.*

3 El santo Concilio de Trento en la *ses.* 25. *cap.* 12. *de Reformat.*, y los *cap.* 5. y siguientes *de Decimis* con la *Clementina* 1. *del prop. tit.*, aseguran la uniformidad en la obligacion de contribuir enteramente á la Iglesia con los diezmos y primicias.

4 Siguiendo las leyes reales los enunciados establecimientos canónicos, los robustecen con su autoridad, señaladamente las del *tit.* 10. *Part.* 1.: las del *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.*; y el *auto acordado único del prop. tit. y lib.*

5 No es necesario buscar con prolijo exámen el principio de la obligacion de justicia á pagar diezmos y primicias: basta saber que no lo tiene por la ley de Gracia, ni se reconoció como de precepto en los cinco primeros siglos de la Iglesia.

6 Los santos Padres aconsejaban y persuadian con razones poderosas á todos los cristianos á que, usando de su generosa liberalidad, contribuyesen con parte de sus frutos y bienes á las iglesias y sus ministros, no solo para su precisa y decente manutencion, sino tambien para los piadosos fines que expresan; demostrándose por toda la série de sus exposiciones que en aquellos tiempos que corrieron hasta fines del siglo V, no habia precepto que determinase la parte de frutos que debian pagar á la Iglesia.

7 Este es un supuesto que se percibe con uniformidad de la autoridad de san Cipriano en sus *cartas* 34. *y* 66.: de la de san Juan Crisóstomo en la *homilia* 43. *al cap.* 16.: de la *carta* 1. de san Pablo á los de Corinto: de la *homilia* 4. *sobre el cap.* 2. á los de Efeso: de san Gerónimo sobre el *cap.* 3. *de Malachías;* y de san Agustin en el *salmo* 103. *serm.* 3. *n.* 9. y en otros lugares.

8 Harduino en su *Coleccion de Concilios tom.* 3. *pag.* 367. refiere el *Turonense*, celebrado el año de 567, y lo que despues de él escribieron los obispos de aquella provincia á todos sus súbditos, exhortándolos como por un efecto de piedad á que pagasen íntegramente los diezmos.

9 El *cánon* 19. *del Concilio Toledano III*, *el* 33. *del IV*, y los 5. *y* 15. *del VI*, que se celebraron en los años de 589, 633 y 638, refieren muy por menor los bienes que gozaban las iglesias, su division y distribucion, entre los cuales no se incluyen los diezmos, ni hacen mencion de ellos.

10 Por los antecedentes referidos se percibe con demostracion el espíritu que religiosamente observó la Iglesia de no obligar, ni oprimir á los cristianos á la paga de diezmos y primicias, siguiendo el ejemplo de san Pablo con los de Corinto en su 1. *carta cap.* 9. *v.* 12., para evitar el que este gravámen los pudiese tal vez retraer de recibir el santo Evangelio.

11 Por la misma serie de las autoridades referidas se viene en un conocimiento seguro y positivo de que la paga de diezmos no empezó por un punto general, ni por una obligacion impuesta por la ley, sino por el uso y costumbre con que los cristianos sucesivamente se fueron inclinando á contribuir con esta determinada porcion de todos sus frutos; y como era tan laudable por todos respectos esta costumbre, llegó á tomar el predicamento de ley, y se autorizó por las positivas canónicas que se han citado, y por otras muchas que se dirigen al propio fin.

12 Estas leyes serian en la mayor parte inútiles, si al mismo tiempo de su establecimiento no hubiesen señalado personas que cuidasen de su cumplimiento, apremiando á los inobedientes y rebeldes con el temor y ejecucion de la pena. Esto es lo que advirtió

la *ley* 2. §. 13. *ff. de Orig. jur.* ibi: *Quantum est enim jus in civitate esse, nisi sint qui jura regere possint?* El capítulo único *de Statu regular. in Sext.* §. 4. ibi: *Et quoniam parum esset condere jura, nisi essent qui executioni debitæ demandarent*: *ley* 15. *tit.* 1. *Part.* 1. «E el que la ley face, es tenudo de la facer cumplir:» *ley* 9. §§. 6. y 7. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

13 Los jueces eclesiásticos tienen el cargo y la jurisdiccion competente para apremiar á los que deben pagar diezmos y primicias á que lo cumplan; y como el exámen y conocimiento de las personas que esten obligadas, y en la parte en que lo sean, piden un juicio prévio y preparatorio á la ejecucion, es indispensable que toque privativamente á los mismos jueces eclesiásticos. Esta es una proposicion que con respecto á los contribuyentes forma la regla privativa á favor de la autoridad y jurisdiccion de la Iglesia.

14 La razon fundamental consiste en que la accion, con que las iglesias y sus ministros demandan los diezmos y primicias que les son debidos, á los que no cumplen con la obligacion de pagarlos, nace un título puramente espiritual, cual es la ordenacion y ascripcion á sus iglesias, institucion y colocacion de sus beneficios, á que está íntimamente unido el ministerio sagrado en la administracion de sacramentos, y demas ejercicios que convienen á la enseñanza y educacion de los cristianos, que es su pasto espiritual; y en cuya recompensa les contribuyen con los frutos temporales señalados en la décima parte de los que perciben los principales llevadores.

15 Este es un resúmen que pone en suma claridad todo este asunto, y se demuestra por sus partes en cánones, leyes y autores. El concilio Lateranense IV, en el *cánon* 54. dispone que se pagen los diezmos sin deducir de todos los frutos parte alguna por razon de las semillas ni otros gastos; y concluye al fin contra los inobedientes y rebeldes con la siguiente cláusula: *Ea per censuram ecclesiasticam decimare cogantur Ecclesiis, quibus jure debentur.*

16 Como el santo Concilio no podia imponer preceptos ni obligaciones, ni declarar las que fuesen dudosas sino en las materias pertenecientes á la Iglesia, ni ejercitar sino en las mismas y no en otras profanas la potestad de las censuras; se convence por las dos partes que las causas decimales contienen alguna cosa espiritual, que las hace privativas del fuero de la Iglesia.

17 Del mismo modo se explica, y debe entenderse el santo Concilio de Trento en el *cap.* 12. *ses.* 25. *de Reformat.*, y los *cap.* 5. 6. 7. y otros muchos *ext. de Decimis*, y la *Clementina* 1. *del prop. tit.* La *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 1. hablando de las primicias concluye así: «E si alguno non las quisiere dar, tambien los pueden descomulgar, como por los diezmos.» La *ley* 56. *tit.* 6. *de la misma Part.* dice: «Que aquellas demandas son espirituales que se facen por razon de diezmos, ó de primicias:» *ley* 2. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) ibi: «Salvas las sentencias de excomunion, que dieren los Perlados contra todos aquellos, que no dieren diezmo derechamente:::::: y queremos que las tales sentencias de excomunion sean bien guardadas por Nos, y por ellos:::::: y las sentencias, que los Perlados pusieren sobre estas cosas, sean bien tenidas, hasta que la emienda sea hecha; y cuando la emienda fuere hecha, la sentencia sea quitada»: *aut. único tit.* 5. *lib.* 1. (Tit. 28. lib. 1. de la Nov. Recop.) ibi: «Que los interesados en los diezmos fundan de derecho para que primero se saque el diezmo: porque esta es la primera obligacion de los frutos de la tierra que Dios da á los hombres: y si las Religiones pretenden lo contrario, lo han de fundar en costumbre; y esta requiere, y pide conocimento de causa para ajustarla, cuyo punto tocaria al Ordinario Eclesiástico, como materia decimal, y meramente Eclesiástica, en que el Consejo, sino es por via de fuerza, no podria poner la mano.»

18 Los autores apoyan su opinion en los mismos principios de consistir la espiritualidad de estas causas en un título y ministerio sagrado, con que se hacen acreedores de justicia los cléri-

gos á percibir los diezmos, de cuya accion y de su cumplimiento conocen los jueces eclesiásticos: Covarrubias *lib.* 1. *Variar. cap.* 17. *num.* 5. con santo Tomás *Secund. secundæ q.* 87. *art.* 3. *vers. Respondeo dicendum*, ibi: *Jus autem accipiendi decimas spirituale est: consequitur enim illud debitum, quo ministris altaris debentur sumptus de ministerio, et quo seminantibus spiritualia, debentur temporalia, quod ad solos clericos pertinet, habentes curam animarum, et ideo competit eis solum hoc jus habere.*

19 Estos principios facilitan el conocimiento de los casos, en que los jueces eclesiásticos exceden la línea de su jurisdiccion, y ocupan la del rey. La *ley* 33. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 9. tit. 5. lib. 1. de la Nov. Recop.) refiere: «Que las personas Eclesiásticas arriendan la renta de las Iglesias, y Beneficios:::: y que en la cobranza de ellas se hacen algunas fatigas á nuestos súbditos.» Con estos dos supuestos procede á disponer lo siguiente: «Encargamos, y mandamos á los Perlados que lo vean, y provean de tal manera que cese en ello todo desórden.»

20 Esta ley podria dar ocasion para entender que estaban autorizados por ella los jueces eclesiásticos para proceder en la cobranza de la merced ó cantidad ofrecida por los arrendatarios; pero su letra y espíritu manifiestan ser limitado el conocimiento á la cobranza de las rentas eclesiásticas de los primeros contribuyentes, ya sean diezmos ó ya de otra especie, así como lo harian sino las hubiesen arrentado: porque la Iglesia las debe hacer buenas al arrendador, y éste las recauda á nombre y como procurador de los clérigos, que tienen el derecho primitivo de percibirlas; y así dirigió la ley todo su influjo á remover el desórden y opresion que padecian los súbditos de S. M. en la exaccion de los diezmos y rentas eclesiásticas.

21 La *ley* 9. *tit.* 17. *Part.* 1., el santo Concilio de Trento en el *cap.* 11. *ses.* 25. *de Reformat.*, y el *cap.* 2. *ext. de Locat.*, permiten á los eclesiásticos dar en arrendamiento los diezmos y rentas que debian percibir, no haciéndolo por largo tiempo. Este es el término de sus disposiciones, sin que pasen á declarar á qué juez toca conocer del cumplimiento del contrato de locacion y de la cobranza de la merced ó precio que ofreció el arrendatario.

22 En el supuesto de que no hay ley real ni canónica que decida expresamente en el caso referido el juez que debe conocer de la causa contra el arrendatario, toman los autores diversos partidos en sus opiniones.

23 Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 150. dice que el juez eclesiástico no puede conocer ni proceder contra el arrendatario de los diezmos y rentas eclesiásticas, siendo lego, sobre la cobranza de la merced ó precio que ofreció pagar á las iglesias ó á sus ministros.

24 Fúndase este autor en la razon de que el deudor y reo es lego, y en la regla general de que el que pide ó demanda alguna cosa, debe hacerlo en el fuero del demandado: en que la cantidad que debe es temporal y profana, el contrato civil, y la accion que de él nace de la propia especie; sin que se trate en este caso del derecho primitivo de percibir diezmos, ni de la obligacion que tienen de pagarlos los que reciben inmediatamente el pasto espiritual.

25 El señor Covarrubias en el *capítulo* 35. *de sus Prácticas vers.* 5. establece la misma opinion de no poder el juez eclesiástico conocer de la cobranza de la merced ó precio del arrendamiento contra el lego, y ser privativa del juez real, fundándose para esto en las razones indicadas; y solo pone una limitacion reducida al caso de haberse sometido el arrendatario lego al fuero de la Iglesia bajo de censuras y otras penas canónicas, ó haber jurado el contrato; y esta excepcion es otro medio con que afianza su opinion.

26 Gutierrez en sus *Cuestiones Canónicas lib.* 1. *cap.* 34. *n.* 49. sigue enteramente la opinion del señor Covarrubias, y la admiten otros que refiere. Acevedo á la *ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 4. insinúa bastantemente la fuerza de la razon y derecho para que conozca de este caso el juez real y no el eclesiástico; pues recurre á la costumbre que ha deferido á éste el conocimiento de tales

causas, inclinándose á que debe probarla quien se funde en ella.

27 La práctica observada constantemente en los tribunales eclesiásticos, de conocer y proceder contra los arrendatarios legos á la exaccion de la merced ó precio convenido en sus contratos, autoriza esta opinion; y recibe mayor confirmacion con la que observan los tribunales reales supremos, de remitir estas causas á los jueces eclesiásticos, para que continuen su conocimiento, sin que pueda dudarse de esta uniforme observancia; porque la aseguran de hecho propio los mismos autores, no solo en el caso de que los arrendatarios se hubiesen sometido á la jurisdiccion eclesiástica, ó jurado el contrato, sino aun en el de que faltasen estas calidades. Así lo aseguran entre otros Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 150., y Acevedo en la citada *ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 4. *n.* 58.

28 Para la sumision y juramento en los contratos de arrendamiento de rentas pertenecientes á las iglesias y á sus ministros se hallan autorizados los legos por la *ley* 11. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 6. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.), pues concluye con la cláusula siguiente: «Pero permitimos que en los contra»tos de las rentas, que se arrendaren de »las Iglesias, y Monesterios, y Perla»dos, y Clérigos de ellas, que puedan »intervenir juramentos, y ponerse en »ellos censuras, si las partes lo consin»tieren al tiempo que se hicieren los »recaudos.»

29 Si los legos que toman en arrendamiento los diezmos y rentas de la Iglesia estan en libertad de someterse á su jurisdiccion por los medios que permite la citada *ley* 11., no perderán los eclesiásticos el derecho de asegurarse del conocimiento de estas causas en los tribunales supremos, cualificadas con las sumisiones y juramentos; y estas circunstancias obligarán á devolver los procesos al juez eclesiástico.

30 Lo mismo harian, aunque en algun caso no contuviesen los contratos semejantes cláusulas, como lo afirman los autores citados, y podia fundarse esta práctica en dos principios: uno que siendo comunmente usadas, debian entenderse puestas, aunque por olvido ú otro accidente se omitiesen: otro por no haber ley ni cánon que prohiba al eclesiástico por especial disposicion conocer estas causas, y no parecer conveniente á los tribunales supremos derogar la costumbre que está á favor de la jurisdiccion eclesiástica, ni entrarse á examinar su legitimidad; y esta continuacion obliga á seguirla entretanto que con mas serio exámen se trate y decida este punto.

31 El Consejo que siempre ha velado en defender la jurisdiccion real, por ser uno de sus primeros cuidados á causa de su grande importancia á beneficio de la causa pública, ha seguido la misma práctica dejando correr el conocimiento de los jueces eclesiásticos en la cobranza de la merced ó precio á que se obligan los arrendatarios de los diezmos ó rentas de la Iglesia.

32 La villa de la Guardia, en el arzobispado de Toledo, acudió al Consejo solicitando se concediese moratoria á diferentes vecinos de ella, que estaban debiendo á la dignidad arzobispal y al cabildo crecidas cantidades, procedentes de las ventas al fiado de los frutos decimales, y de los arrendamientos de ellos.

33 Formóse expediente sobre este asunto con audiencia de la dignidad y del cabildo, llegándose á tratar muy seriamente de la jurisdiccion de los contadores decimales de Toledo, y de la que ejercian los subdelegados de cruzada para la cobranza de las deudas, que procedian del subsidio y escusado; y aunque el señor fiscal coadyuvó las instancias de la villa de la Guardia, señaladamente en cuanto á que las deudas de los arrendadores de los diezmos, y de las ventas de frutos decimales que se hacian al fiado, las demandasen, y cobrasen la dignidad y el cabildo ante las justicias reales de los respectivos deudores; mandó el Consejo en auto de 5 de Febrero de 1770 que las justicias de la villa de la Guardia y todas las demas de los pueblos del arzobispado de Toledo cumpliesen, y en caso necesario auxiliasen los despachos que diesen los jueces de rentas decimales de la dignidad arzobispal de la citada ciu-

dad de Toledo, siempre que fuesen dirigidos á la cobranza de aquellos diezmos, que de sus propios frutos hubiesen respectivamente adeudado, y no satisfecho los vecinos, ó á la de aquellos que resultasen debiendo los colectores, administradores, mayordomos ó arrendadores de los diezmos, por deberse unos y otros estimar en la clase de verdaderos deudores decimales, sin privilegio para poderse eximir de la jurisdiccion eclesiástica, ni de las reglas establecidas por la última concordia celebrada entre la real hacienda y las santas iglesias para el cobro de ellos, y de los créditos sujetos á la carga del subsidio.

34 Esta respetable decision del Consejo, tomada con serio y meditado exámen, obliga á seguir su ejemplo en todos los casos iguales de las deudas de los arrendadores de los frutos decimales ú otras rentas eclesiásticas.

35 No era necesario buscar la razon en que se fundó el Consejo, porque debe suponerse la mas sólida y grave; pero á mayor abundamiento le pareció conveniente manifestarla, como lo hizo por aquellas palabras: «Por de»berse unos y otros estimar en la clase »de verdaderos deudores decimales;» que fué lo mismo que decir que los arrendadores percibian los frutos decimales á nombre y como apoderados de la dignidad y del cabildo, y que el precio ó merced, en que fueron estimados en su precedente contrato, se subrogaba en lugar de los mismos frutos decimales, y con la propia calidad de quedar sujetos para su cobranza á la jurisdiccion eclesiástica.

36 Los arrendadores se igualan en la decision del citado auto del Consejo á los colectores, administradores y mayordomos; y esta es otra demostracion de la proposicion antecedente.

37 Los colectores, administradores y mayordomos se constituyen en la aceptacion de estos oficios en una obligacion que nace del mandato, y de esta causa procede su responsabilidad; y así como altera la calidad de estimarse existentes los mismos frutos que recogieron de los primeros contribuyentes, y consumieron á su arbitrio en sus propios usos ó en otros fines; del mismo modo consideró el Consejo como existentes en poder de los arrendadores de los diezmos los frutos, que habian percibido, y no satisfecho: porque en todos los referidos entra una subrogacion legal, no solo en dichos frutos sino tambien en la accion con que los demanda la Iglesia.

38 He referido á la letra el citado auto del Consejo, el cual se insertó con las pretensiones y alegaciones, que hicieron las partes en aquel expediente, en real provision de 5 de Abril del propio año de 1770; y aunque se imprimió, fué tan escaso el número de sus ejemplares, que solo he hallado uno en el archivo del Consejo.

39 Las demandas que ponen los clérigos á los contribuyentes legos para que les paguen los diezmos de todos los frutos que han cogido, las que dirigen contra los arrendadores para que satisfagan la merced ó precio estipulado en su arrendamiento, y la que introducen tambien para que los colectores, apoderados y mayordomos entregue los frutos y rentas decimales y eclesiásticas que han recogido, proceden sobre dos supuestos: uno que pertenece á los mismos clérigos el derecho de percibir los diezmos que demandan; y otro que estan en posesion pacífica de percibirlos; y no entrando estos dos artículos en la controversia del juicio, queda reducido al mero hecho de si han pagado los diezmos correspondientes á sus frutos, ó el precio de los que ha percibido el arrendatario, ó precedido la entrega de los que recogieron los colectores y mayordomos; y constando por las demostraciones, que hacen los cánones y las leyes, tocar privativamente en los casos referidos el conocimiento de ejecucion y apremios por censuras á la jurisdiccion eclesiástica, es preciso que se den por convencidos los que intentan persuadir que las causas decimales contra legos, en que no se trate de su propiedad ó de la posesion, ó de los artículos que tengan conexion con la espiritualidad, tocan á la justicia real.

40 Esta opinion está destituida de toda autoridad canónica y legal, como

lo notó el señor Covarrubias *Practicar. cap.* 35. *n.* 1. *vers. Verum*, ibi: *Non esse satis certam nec tutam: imo prorsus destitutam omni legum et canonum, quibus standum sit, auxilio censeri.*

41 De este mismo dictámen fueron otros autores, teniéndolo por comun: Acevedo á la *ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 4. *n.* 58.: Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 145.: Paz en su *Práctica*, *tom.* 2. *prælud.* 2. *n.* 5. con otros que refieren.

42 Cuando se prescindiera de la autoridad y razones que prueban la opinion antecedente, bastaria para despreciar la contraria la constante práctica de no verse en nuestros tribunales reales introducida causa alguna decimal; aunque en ella se trate solamente del mero hecho de apremiar á los contribuyentes, arrendatarios y á los colectores ó mayordomos, como se ha demostrado anteriormente.

43 Ademas que rara vez podrá verificarse, en el ingreso de estas demandas ó pretensiones respectivas á diezmos, que su objeto sea temporal y de mero hecho; y cualquiera duda ofuscaria su notoriedad, y quedaria la causa sujeta á la regla que obliga á tratarlas ante el juez eclesiástico por la anexion de la espiritualidad, que supone en el título de percibirlos, y en los demas respectos que se han indicado.

44 Si los autores que siguen la primera opinion de hacer privativo de los jueces reales el conocimiento de las causas decimales, cuando se trata en ellas del mero hecho temporal contra legos; y los que forman la segunda opinion de hacer estas causas de fuero misto, y su conocimiento promiscuo á las dos jurisdicciones, especificasen por ejemplos los casos en que podrian verificarse sus intenciones, se convenceria su error mas fácilmente; pero como el mayor número de dichos autores reduce su opinion á una proposicion general, cual es la de que no se trata del derecho en propiedad ó posesion de percibir diezmos, ni de otra que tenga precisa conexion con espiritualidad, dejan mas confusa su doctrina, y obligan á los que quieran usar de ella á probar en los casos ocurrentes las dos calidades en que se fundan: una que el reo sea lego: otra que la materia que se demanda sea puramente temporal sin relacion ni anexion á cosa espiritual; y así no les será fácil lograr el intento de declinar en esta materia el juicio del eclesiástico, y radicarlo en el secular, mayormente en su principio.

45 La prueba de las proposiciones antecedentes se presenta en uno de los casos que señala Ceballos en su tratado de *Cognition. per viam violent. p.* 2. *q.* 55. Figura este autor que el arrendador de los diezmos demanda ante el juez eclesiástico el pago de los que debe dar íntegramente el deudor lego; y figura tambien que este reconozca el derecho y la posesion de exigirlos; pero niega que su deuda sea de la décima íntegra, excepcionando que ha pagado parte de ellas, ó que no le puede pedir cosa alguna por haberlo pactado, ó transigido así.

46 Este es el caso de la cuestion que propone Ceballos, la cual decide privativamente á favor del juez lego; pero á mi entender sin fundamento ni razon: porque la demanda puesta al deudor en el fuero eclesiástico por el todo de los diezmos, que supone deber, es legítima, y se radica desde aquel punto en el tribunal del eclesiástico privativamente, como se ha demostrado; y procede de que la accion y derecho de exigir los diezmos íntegramente de los deudores legos, ya la promuevan los mismos eclesiásticos ú otros á su nombre, se funda en el título y ministerio espiritual que prestan, y en cuya recompensa les estan reservados los frutos decimales.

47 El actor no sabe, cuando usa de su derecho, las defensas ó excepciones que le propondrá el reo; y cualesquiera que sean, si se dirigen á excluir la accion en todo ó en parte, se sujetan al conocimiento del juez que admitió legítimamente la demanda: porque forman un mismo juicio, y no puede dividirse su continencia. Esta es una proposicion notoria decidida en la *ley* 8. *tit.* 3. *Part.* 3., y en las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 5. *lib.* 4. y en la 5. *tit.* 9. *del prop. lib.* (Ley 1. tit. 7. lib. 11. Ley 3. título 7. lib. 11., y ley 7. y 4. tit. 10. y 13. lib. 11. de la Nov. Recop.)

48 En los juicios posesorios encuentran los referidos autores mayor proporcion con sus opiniones, por considerarlas en la mayor parte de mero hecho sin conexion con el título de propiedad en la materia decimal; pero yo no hallo términos en que pueda tener cabimiento, y seria fácil demostrar esta verdad, si no temiese interrumpir el progreso de estos discursos, en cuanto á la fuerza de conocer y proceder, con las dilaciones que necesariamente traeria el exámen de todos los juicios posesorios aplicados á la materia decimal.

49 Basta advertir, para que puedan decidirse los casos particulares de esta fuerza, que la posesion, aunque tiene gran parte de mero hecho, no está siempre destituida de efectos legales y tiene muchas veces conexion con la propiedad. La posesion en tanto es manutenible en cuanto da un humo ó presuncion de dominio á favor del que la tiene: si se desvanece por otra mas eficaz, ya sea porque otro pruebe posesion anterior, ó porque esté á su favor el derecho comun, y mucho mas si la resiste, cede la posesion en sus derechos, á los que son mas poderosos á favor del dominio.

50 Si el juicio posesorio en la materia decimal se intenta entre dos eclesiásticos, no tiene entrada por respecto alguno la jurisdiccion real, aun estando únicamente á la regla general de que el actor debe estar y seguir el fuero del reo.

51 Si la Iglesia ó sus ministros demandan al lego, y éste se defiende con la posesion de percibir diezmos, se la resiste poderosamente el derecho; y solo puede ampararla probando la cesion que le haya hecho la misma Iglesia, sus prelados, ó el papa en los respectivos tiempos en que estos podian usar de tal facultad; y el conocimiento de su valor y legitimidad toca á la Iglesia en los juicios plenarios de propiedad y posesion, y no puede desprenderse de la anexion á la espiritualidad.

52 Si el lego demandado se acoge á la posesion de no pagar diezmos, se la resiste igualmente el derecho, y necesita autorizarla con título competente, cuyo exámen no cabe en los estrechos límites de los juicios sumarios posesorios, ni puede reducirse á mero hecho: porque siempre es necesario buscar el título que pretenda tener, y compararlo con el que da la ley á la Iglesia y á sus ministros.

53 Por lo espuesto hasta aquí entiendo yo que en las causas decimales rara vez tiene lugar el recurso de fuerza de conocer y proceder, y solo hallo que puede cometerse en tres casos. De los dos trataré en los capítulos primero y segundo de la segunda parte, quedando el otro reducido al que presenta la *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 4. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) pues manda: «Que no se haga pesquisa »contra los malos Dezmeros, que uvie»ren de dezmar sus frutos, á pedimen»to de los Arrendadores; porque nunca »se hizo, ni usó.»

54 Este mismo caso se refiere en la *ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 1. *del Ordenamiento* con dos diferencias: la una consiste en que suprime la palabra «malos Dezme»ros;» y la otra en que omite la razon que expresa la citada *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 4. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) en estas palabras: «Porque nunca se »hizo, ni usó.»

55 Diego Perez en la *glosa á la enunciada ley* 4., y Acevedo en el *coment. á la* 5. *del referido tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* intentaron descubrir el fondo de la razon en que se fundaban estas dos leyes, y procedieron con tal desgracia en sus pensamientos, que ninguno se conforma con el espíritu de ellas.

56 Diego Perez considera por razon fundamental de esta ley la presuncion de que cumplirán los que deben pagar diezmo con la obligacion, á que estan ligados por tan relevantes títulos, y que no defraudarán parte alguna de lo que es debido á Dios.

57 La *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* (Ley 2. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) convence de frívola la razon insinuada, y la excluye por su mismo contexto, pues dice: «Por escusar los enga»ños, que podria aver en el dezmar, »defendemos firmemente, que de aquí »adelante ninguno sea osado de medir, »ni coger su monton de pan, que tu-

»viere en limpio en la era, sin que pri»mero sea tañida la campana tres veces, »para que vengan los terceros, ó aquel »que debe recaudar los diezmos.»

58 Si en esta ley se hace supuesto de los engaños que puedan cometer los diezmeros, y se ocurre á ellos con las oportunas providencias que expresa, no está muy de su parte la presuncion de que cumplirán sus obligaciones, ni puede ser esta el fundamento de lo que dispone la citada *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 4. tit. 6. lib. 1 de la Nov. Recop.)

59 Acevedo lo conoció así; y apartándose de la insinuada presuncion, en que se fundaba Diego Perez, expuso que la principal razon de la *ley* 5. consistia en que los diezmeros no podian hacer fraude, mediante estaba precavido en la *ley* 2. *del propio tit. y lib.* (Ley 2. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.), que manda que los que deben diezmos no puedan coger sus frutos en ausencia del recaudador, ibi: *Sed ratio nostri textus est, quod cum ex lege 2. supra eod. decimam debentes solvere, non possint fructus colligere in absentia collectarii::::: et hanc credo veram nostri textus decidendi rationem.*

60 Este autor padeció equivocacion en la referencia de la citada *ley* 2.; pues no prohibe que los que han de diezmar cojan los frutos sin llamar á los terceros; y sí que ninguno sea osado de medir ni coger su monton de pan que tuviere en limpio en la era, sin que primero sea tañida la campana tres veces, para que vengan los terceros, ó aquel que debe recaudar los diezmos; y como en tiempo de segar ó coger los frutos, conducirlos á la era ó á otro parage acostumbrado, y limpiar el grano se podian cometer muchos fraudes que no estan precavidos en la citada *ley* 2., no llena su intento este autor.

61 Yo no hallo razon mas poderosa para sostener y justificar lo dispuesto en la referida *ley* 5., que la que ella misma expresa en aquellas palabras: «Porque »nunca se hizo, ni usó;» pues encierran los títulos mas recomendables que impiden la novedad, que se intentase hacer contra el uso y costumbre inmemorial que supone la misma ley; y la turbacion y escándalo que resultarian de hacer pesquisas contra los malos diezmeros, que hubieren de diezmar sus frutos, es suficiente causa que interesa al beneficio público para impedirla por el recurso de fuerza en conocer, y proceder, como notó difusamente con doctrinas y fundamentos sólidos el señor Salgado *de Retent. et supplicat. part.* 1. *cap.* 6.

62 Debe observarse para ocurrir á las dudas, que podrian suscitarse sobre la enunciada *ley* 5., que por su literal contexto limita su disposicion á «que no se haga pesquisa contra los »malos Dezmeros que uvieren de dez»mar sus frutos, á pedimento de los »arrendadores;» y por un argumento *à contrario sensu* podrian entender algunos que no estaba prohibida la pesquisa, cuando la pedian los clérigos principales llevadores de los diezmos; pero como los argumentos de esta especie son debilísimos en el derecho, me parece que la prohibicion de la ley, aunque se refiere á la pesquisa que piden los arrendadores, comprende igualmente la que solicitasen los principales diezmadores.

63 Consideró la ley que los arrendadores instarian con importunidad el recobro de los diezmos, que tenian en arrendamiento, por la codicia que es muy comun en los que se ocupan en estas negociaciones; pero nunca debia presumir que los clérigos usasen para recoger sus diezmos de medios turbativos, como lo seria la pesquisa general contra los malos diezmeros; y esta es la razon que yo concibo para que atendiese la ley á precaverla en aquellos, en quienes se podia temer sucediese con frecuencia.

64 La experiencia de que no se ha visto usar del medio de pesquisa, á pedimento de los clérigos, calificaria de novedad esta diligencia si la intentasen, y estarian en el mismo caso de la disposicion de la ley.

65 Acevedo en su *Comentario* supone que no se hacian tales inquisiciones á pedimento de los clérigos; y añade al fin no ser necesaria, *ibi: Et sic contra eos nulla est inquisitio necessaria.* Asegura el mismo autor en

el lugar citado que se expedian comunmente á pedimento de los dueños de los diezmos cartas de excomunion, las cuales se publicaban contra los malos diezmeros, y considerando que por este medio lograban los clérigos el fin á que podria dirigirse la inquisicion, concluye con decirse que no es necesaria.

66 Yo no quisiera dudar del hecho que asegura este autor, y puede ser que en aquel tiempo fuese comun el uso de estas cartas generales; pero en el presente no se expiden, ni podrian tolerarse si se librasen con la frecuencia que dicho autor supone: porque semejantes letras de excomunion dirigidas á que los detentadores revelen los diezmos que hubieren substrahido, y los restituyan, exigen grave causa sujeta al conocimiento mas circunspecto del obispo, segun lo dispuesto en el *cap.* 3. *ses.* 25. *de Reformat.* del santo Concilio de Trento.

67 De semejantes monitorias hablan largamente Gutierrez en sus *Cuestiones Canónicas*, *lib.* 1. *cap.* 11.: Carrasco del Saz en su *comentario* á la *ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop. cap.* 4.; y Giurba *decis.* 94. con otros muchos autores.

68 Ademas de la turbacion y escándalo que causaria por sí sola la novedad de hacer pesquisa á pedimento de los arrendadores contra los malos diezmeros que hubieren de diezmar sus frutos, (causa suficiente, como se ha probado, para detenerla y no permitirla) resultarian de ella otros daños mas graves y positivos á la causa pública, y ofensivos á la suprema autoridad del rey.

69 Pruébanse por la misma *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 1., (Ley 4. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) la cual es dada como todas las demas á todo el reino y en utilidad comun. Este es un principio en que convienen leyes, cánones y autores: *ley* 1. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) ibi: «Y es la ley comun, así para varo»nes, como para mugeres de cualquier »edad que sean, y es tambien para los »sábios, como para los simples, y es »así para poblados, como para yermos, »y es guarda del Rey y de los Pue»blos::::; y que sea convenible á la »tierra, y al tiempo, y honesta, derecha »y provechosa:» *canon* 2. *distinct.* 4. ibi: *Nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta*: Gregorio IX. en el *Proemio á sus Decretales* dice: *Ideoque lex proditur, ut appetitus noxius sub juris regula limitetur, per quam genus humanum, ut honeste vivat, alterum non lædat, jus suum unicuique tribuat, informatur*: D. Thom. *Prima secundæ q.* 90. *art.* 2.: Suarez *de Legib. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 8. *et cap.* 7. *n.* 1.: Salcedo *de leg. Politic. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 6.

70 Pues si las leyes son dadas á la comunidad ó al pueblo, su obligacion alcanza tambien á los eclesiásticos, que son parte de la república del mismo modo que los legos: *ley* 5. *tit.* 2. *Partida* 1. ibi: «Pueblo tanto quiere decir »como ayuntamiento de gentes de to»das maneras de aquella tierra do se »allegan. E desto no sale ome ni mu»ger, ni Clérigo, ni lego:» *S. Optatus Milevitan. lib.* 3. *de Schismat. Donatist. cap.* 3. ibi: *Non enim respublica est in ecclesia, sed ecclesia in republica; id est in imperio romano:* Salgado *de Reg. cap.* 1. *part.* 1. *prælud.* 2. *num.* 58.; de manera que la misma obligacion que hay en el pueblo, comunidad ó república de obedecer las leyes por ser dadas por la suprema potestad que las gobierna, y ser su fin la utilidad pública, esa misma tienen los clérigos de guardarlas y cumplirlas. Este es otro principio que no admite duda, porque lo asegura san Pablo en su *carta á los Romanos*, *cap.* 13., y san Pedro en el *cap.* 2. de la suya. Por la misma razon de ser en pro comunal del pueblo, no se excusan los clérigos de contribuir con los legos para hacer y reparar caminos, puentes, calzadas y otras cosas semejantes.

71 Supuesta la obligacion de los clérigos á obedecer y cumplir las leyes civiles, que no ofenden los derechos sagrados de la Iglesia, y se dirigen al buen gobierno y administracion de justicia, y á mantener con ella en paz y en verdad al pueblo; si resistiese algun eclesiástico las supremas ordenaciones de los reyes, y obrase

contra ellas, turbaria con escándalo el buen órden de la república; y en tal caso usaria el rey de toda la autoridad que Dios ha puesto en su real mano para impedir la violencia y opresion, que sufriria tolerando la desobediencia de los clérigos á las leyes, en que descansa la tranquilidad pública.

72 Pues si los jueces eclesiásticos mandasen hacer inquisicion ó pesquisa contra los malos diezmeros que hubieren de diezmar sus frutos á pedimento de los arrendadores, obrarian contra la misma ley, queriendo hacerse superiores á ella, no solo con escándalo, sino tambien con notorio defecto de potestad; y en estos dos puntos consiste y se demuestra la fuerza de conocer y proceder en perjuicio del poder real y de la tranquilidad pública que le está encargada.

73 No solo obrarian los jueces eclesiásticos en el caso propuesto contra las leyes civiles, sino tambien contra las divinas y eclesiásticas; pues unas y otras les mandan estrechamente obedecer y cumplir aquellas: porque las dos potestades no se instituyeron para destruirse, sino para ayudarse, uniéndose el imperio y el sacerdocio para asegurar los importantes fines de su oficio.

74 De las leyes divinas trataron los apóstoles san Pedro y san Pablo en los lugares próximamente citados, anunciando que el que resistia á la potestad del rey, resistia igualmente á la ordenacion de Dios. De las pontificias y reales en su mútua correspondencia dispone la *ley* 5. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Rec.* (Ley 3. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Rec.) *ibi*: «Así como Nos queremos que ninguno »se entremeta en la nuestra Justicia »temporal; así es nuestra voluntad, »que la Justicia Eclesiástica, y espi»ritual no sea perturbada, y sea guar»dada en aquellos casos, que el dere»cho permite:» *ley* 25. *del mismo tit. y lib.* (Ley 1. tit. 3. lib. 1. de la Nov. Recop.) ibi: «Porque nuestra inten»cion, y voluntad es, como siempre ha »sido, y será, que los mandamientos »de su Santidad, y Santa Sede Apos»tólica, y sus Ministros sean obedeci»dos, y cumplidos con toda la reve»rencia, y acatamiento debido:» *ley* 14. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 4. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.) ibi: «Porque así como »Nos queremos guardar su jurisdiccion »á la Iglesia, y á los Eclesiásticos Jue»ces, así es razon, y derecho que la »Iglesia, y Jueces della no se entreme»tan en perturbar la nuestra jurisdic»cion Real.» Continúa esta ley con su disposicion, y concluye diciendo: «Que »el derecho pone remedio contra los »Legos, que son rebeldes en no cum»plir lo que por la Iglesia justamente »les es mandado, y enseñado, convie»ne á saber, que la Iglesia invoque la »ayuda del brazo seglar.» Lo mismo se ordena en la *ley* 15. (Ley 12. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.) siguiente, en la 62. *cap.* 2. *tit.* 4. *lib.* 2., y en otras muchas: *cap.* 1. *ext. de Novi operis nuntiation.*: *cap.* 1. *de Causa possessionis et propietat.*; y otras muchas autoridades canónicas y civiles que refiere Gonzalez en sus notas al citado *cap.* 1. *de Novi oper. nuntiat.*

75 La utilidad pública, que es el objeto de la citada *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 6. tit. 17. lib. 1. de la Nov. Rec.), se percibirá por el daño que traeria la pesquisa general contra los malos diezmeros, y cualquiera otra especie de delitos en que se pidiese: la 3. *título* 1. *lib.* 8. *de la Recop.* (Ley 3. título 34. lib. 12. de la Nov. Recop.), defiende: «Que no se haga, ni pueda »hacer pesquisa general, y cerrada por »algun, ni ningun Juez, ó Jueces de »las nuestras Ciudades, y Villas, y »Lugares, salvo si Nos fuéremos supli»cados por alguna Ciudad, ó Villa, ó »Lugar, y entendiéremos que cumple »á nuestro servicio.»

76 Grande debia ser el daño que temian estos sabios legisladores por resultas de la pesquisa, cuando la prohiben con tanta diligencia y cuidado. El primer perjuicio que yo hallo consiste en que dirigiéndose á inquirir si hay delitos, podria suceder que las diligencias judiciales quedasen ilusorias, y se convirtiesen en vergüenza y escarnio de los mismos jueces que las mandaban hacer, y esta causa seria por sí sola suficiente para no per-

mitir se tratase de una cosa tan contingente, como lo seria buscar un delito, del cual se supone que no hay indicio ni presuncion de haberse cometido: *ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3. «E así el »trabajo que oviesen pasado, en oyéndolas, tornárseles y á en escarnio, é »en vergüenza:» *ley* 11. §. *ultim. ff. de Receptis arbit.* ibi: *Non enim prius arbitrum cogendum sententiam dicere, quam conditio extiterit, ne sit inefficax, deficiente conditione*: Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 10.

77 La *ley* 1. *tit.* 17. *Part.* 3. dice que las pesquisas pueden hacerse en tres maneras: «La una quando facen »pesquisa comunalmente sobre una »gran tierra, ó sobre una partida de »ella, ó sobre una Ciudad, ó Villa, ó »otro Lugar, que sea fecha pesquisa »sobre todos los que y moraren, ó so»bre algunos dellos.»

78 Esta es la pesquisa que mas conviene con la que se haria á pedimento de los arrendadores contra los malos diezmeros; pero falta la condicion esencial que refiere la citada *ley* 1. en estas palabras: «Ca, ó será fecha, »querellándose alguno de males, ó da»ños que recibió de aquellos lugares »que de suso diximos, non sabiendo »ciertamiente quien los fizo.» Estas dos condiciones ó supuestos de que haya querella y males ó daños, deben unirse para mandar hacer la pesquisa general; pero no se puede proceder á inquirir si habrá tales males ó daños, que es el fin de la pesquisa, que pretendian los arrendadores de diezmos, prohibida en la citada *ley* 5.

79 Este género de pesquisa sale con un amago de comprender en ella á todos los que fueren de aquella tierra ó lugar en que morasen; y esto solo bastaria para ponerlos en gran cuidado y turbacion por el riesgo de caer en la nota de delincuentes por malicia, error, ó ignorancia de los testigos presentados por el arrendador de los diezmos, ó examinados de oficio por el juez; aumentándose este daño público por el que les resultaria para defender su inocencia, multiplicándose pleitos, cuando las leyes y los cánones ponen todo su cuidado en evitarlos y minorarlos: *ley* 7. *tit.* 1.: la 63. *tit.* 4.: las 10., 23. *y* 24. *tit.* 5. *libro* 2. *Recop.* (Ley 7. tit. 2. Ley 12. tit. 7. libro 3. Leyes 8. 23. y 24. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.): *cap.* 1. *de Appellationib. in Sext.*: *Clementin.* 2. *de Judiciis.*

80 Todas las causas que por menor se han referido en el concepto de que las tendrian los legisladores muy presentes para no permitir la pesquisa contra los malos diezmeros, se encierran misteriosamente en la razon que señala la misma ley, *ibi*: «Porque nun»ca se hizo, ni usó.»

81 El tercero caso en que pueden hacer fuerza en conocer y proceder los jueces eclesiásticos en causas de diezmos, es cuando intenten exigirlos contra la costumbre de algun pueblo, sobre lo cual dispone lo conveniente la *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Rec.*; cuyo exámen se reserva por sus particulares circunstancias para otro capítulo, por no interrumpir las fuerzas comunes de conocer y proceder, de que voy tratando.

## CAPÍTULO V.

### *De la fuerza de conocer y proceder en las capellanías y patronatos laicales* [4].

1 El hombre puede disponer libremente de sus bienes sino lo resisten las leyes; cuando lo hacen por testamento ó en cualquiera otra última voluntad es mas recomendable su ejecucion; y se extiende con mayor amplitud á que tenga cumplido efecto en todos sus fines; y si estos son piadosos, se esfuerzan mas los cánones y las leyes á darles toda la extension posible en su exacto cumplimiento.

2 Estos son unos principios que hacen conocer la obligacion de seguir la voluntad de los hombres, sin torcerla ni alterarla con interpretaciones, cuando la han declarado abiertamente por palabras ó hechos constantes, que á veces la explican mas seguramente que las mismas voces.

3 Si el fundador dijese que quiere haber una capellanía colativa, queda desde este punto remitida su ejecu-

cion al obispo; y en uso de su potestad la debe erigir en beneficio eclesiástico colativo, instituyendo en él con perpetuidad persona de las calidades necesarias para el servicio espiritual, con accion de percibir por este título los frutos y rentas de los bienes temporales destinados á la Iglesia.

4 Si al contrario manifestase el fundador que la capellanía ha de ser laical, aunque imponga al poseedor la obligacion de decir algunas misas y cumplir otras cargas pias, conservarán los bienes y rentas la misma naturaleza de temporales y profanos que tenian, con sujecion en todo á la jurisdiccion secular, y resistirán al eclesiástico su conocimiento.

5 De estos casos rara vez llegan algunos á los tribunales superiores á no empeñarse la temeridad y la malicia de los hombres. Los casos mas frecuentes se excitan por las dudas que se presentan, ó se deducen de las mismas fundaciones ó de su observancia, ya sea uniforme ó respectivamente contraria; reduciéndose el intento de los jueces ó de las partes que introducen los recursos de fuerza al mero hecho de probar por indicios, presunciones y conjeturas la intencion de los fundadores; y como este es un camino tan oscuro, escabroso y dilatado, no puede recibir todas las luces necesarias, ni se las han dado los graves autores que han escrito copiosos tratados de esta materia, en la cual toman siempre gran parte los jueces para conciliar los medios, reunirlos, y darles el debido valor segun su juicio y prudencia.

6 Si el fundador dice que quiere hacer una capellanía sin explicar si ha de ser colativa ó laical, y señala bienes ó rentas, y especifica las misas que quiere haya de decir el poseedor; ofrece duda sobre determinar su naturaleza y calidad, y el juez eclesiástico intenta erigirla en beneficio espiritual interponiendo su autoridad.

7 El juez real ó los herederos y patronos declinan jurisdiccion, y se reduce la controversia á si quiso el fundador entender por la voz de capellanía que hubiese de ser eclesiástica ó mas bien laical; y como ni los cánones ni las leyes lo declaran, y los autores se dividen en contrarias opiniones, queda este punto siempre en disputa.

8 Mostazo *de Capellaniis*, *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 17. admite la opinion de los que resuelven que cuando la fundacion de la capellanía es intrincada y contiene dudas acerca de su naturaleza y calidad que no pueden resolverse por la letra ni por el espíritu de la escritura de fundacion, debe entenderse que la capellanía es eclesiástica y colativa.

9 Fúndase este autor en las razones que resume al *n.* 15., con referencia á otros que él mismo cita, y las ponen mas por extenso; y son, el mayor favor que resulta á la capellanía en su perpetuidad, y que con ella se aumenta el culto divino con un nuevo ministro, que puede ordenarse con este título, en el cual se acrecienta la obligacion de rezar el oficio divino á la de celebrar las misas impuestas por el fundador.

10 Lara *de Capellaniis*, *lib.* 2. *capítulo* 1. *n.* 46. *y* 47. se inclina á la propia opinion, *ibi*: *Si tamen manifeste non constiterit*, *quod testator voluerit anniversarium celebrari*, *intelligendum est de capellania ex vi verbi*; y concluye con esta consecuencia: *Et eo casu*, *conditio*, *ne episcopus conferat*, *inutilis reddetur*: *quia turpis*, *et sacris sanctionibus contraria*, *ut dictum est supra.*

11 En el supuesto de que no se apoyan en mejores fundamentos los demas autores que son de la misma opinion, se procede á referir los que sirven á la contraria: el primero que los bienes son profanos y temporales al tiempo de la fundacion, sujetos en todo al conocimiento y jurisdiccion real, á los tributos y cargas del Estado, facilitan el comercio, y por todos estos respectos se interesa la causa pública en que se conserven en su primitivo estado y naturaleza: el segundo que el fundador de la capellanía pudo dar las leyes claras y positivas; y cuando no lo hizo, debe entenderse que se conformó con las que tenian los mismos bienes, sin extenderse á mas de lo

que suenan las palabras de su disposicion, de que se celebren las misas que señaló; y con este fin se cumple sin necesidad de mendigar otras calidades de la autoridad del obispo, y debe quedar la fundacion en el mismo estado que tenian los bienes, sin trasladarse al patrimonio de la Iglesia por medio de la ereccion en título de capellanía eclesiástica.

12 El uso mas comun en España es fundar capellanías laicales sin autoridad del obispo, llamando para su goce á los clérigos de la parentela, ó á los que nombraren los patronos. Así lo asegura Barbosa *de Jur. Ecclesiast. part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 2. ibi: *Quædam enim sunt quæ sæpe fundari solent, maxime in Hispania, absque aliqua episcopi, vel alterius superioris auctoritate, ut in illis succedant clerici de parentela, vel alii, quos apposuerint patroni laici desuper nominati, vel aliter vocati.* Gonzalez *ad regul.* 8. *Cancelar. glos.* 5. *n.* 20. *cum pluribus ibi relatis.*

13 No es justo dudar del hecho que aseguran estos autores, y mas cuando se añade á su testimonio el que conocemos todos en el crecido número de capellanías laicales, que se fundan con la sola carga de misas en sufragio de las almas de los fundadores y de sus parientes, que es lo que miran como fin único sin trascender á otros, ni expresarlos.

14 Con este supuesto procede la regla de que se entiendan y apliquen las palabras dudosas á lo que hacen y usan con mas frecuencia los hombres, conforme lo disponen las *leyes* 18. §. 3. *ff. de Fundo instruct.* la 7. §§. 1. *y* 2. §. *de Supellectili legat.*, y la 6. *tit.* 2. *Part.* 1.; y esta es la tercera razon.

15 El cuarto fundamento es que esta especie de donacion traslativa del dominio no se presume, y la debe probar claramente el que se funde en ella para sacar los bienes de su primitivo estado de temporales y sujetos en todo á la jurisdiccion real y á las disposiciones de las leyes; las cuales ordenan que los herederos, ya vengan por testamento ó *ab intestato*, sucedan en los bienes del difunto; y como parte de ellos entrarán en los de la capellanía con la obligacion de hacer cumplir sus cargas, y aprovecharse de los frutos sobrantes, esto es mas recomendable cuando suceden los parientes.

16 El quinto fundamento es que en los mismos parientes, herederos ó patronos es mas ámplia la facultad de nombrar persona que cumpla las cargas de la capellanía siendo laical, que si se estima eclesiástica; y este seria otro perjuicio que impediria la ampliacion que en el orígen se intentase dar á la capellanía, haciéndola eclesiástica.

17 Las fundaciones de esta especie que se han hecho en España y erigido con la autoridad del ordinario en títulos colativos, son por lo comun de corta renta; pues las mas no llenan la cóngrua necesaria para ascender al sacerdocio sus poseedores, y menos para mantenerse con la decencia y decoro que corresponde á su estado; y así les sirve de auxilio la limosna de de las misas, que estan cargadas sobre los bienes temporales, que es otra de las utilidades que recomienda mas las capellanías laicales.

18 Yo estoy bien seguro de lo que importa animar las fundaciones de beneficios eclesiásticos para que á título de ellos se ordenen, y sea mayor el número de los ministros que den culto á Dios, y ayuden á los párrocos en la distribucion del pasto espiritual; y por este respecto quedaron preservados los bienes de primera fundacion de toda carga ó tributo en el artículo 8. del concordato celebrado en el año de 1737 con la santa Sede; pero no deben ampliarse las palabras de los fundadores cuando concurren otros fines mas urgentes, que deben conciliarse con el bien general del Estado, cuales son, que el número de beneficios y capellanías eclesiásticas llegó á ser excesivo, y en la mayor parte de corta renta; y para evitar los daños que padecia la disciplina de la Iglesia, se mandaron suprimir los incóngruos y aplicarlos á seminarios conciliares, á iglesias y á otros usos pios, y reunir las capellanías que por sí solas no tuviesen cóngrua competente bajo las

reglas instructivas que comunicó la cámara á los ordinarios eclesiásticos en sus circulares de 12 de Junio y 11 de Noviembre de 1769.

19 Tambien reconoció S. M., y es bien notorio, que los vasallos legos no pueden llevar las cargas y tributos necesarios al bien del reino; y con este fin tan importante se ha tratado sériamente de mantener los bienes en su primitivo estado y naturaleza de temporales, y sujetos á las cargas reales que pagan los legos; y cuando estos en sus fundaciones no explican abiertamente la intencion de sacarlos de esta clase, no debe presumirse que lo intentasen con tan grave perjuicio del Estado, y sin grande necesidad y utilidad del servicio de las iglesias.

20 En el año de 1593 representaron los procuradores de córtes al señor don Felipe II los justos sentimientos y quejas que habia en el reino de que en algunos obispados de él se obligase á los que querian ordenarse á título de patrimonio á que fundasen capellanías, de que resultaba hacerse eclesiásticos los bienes, y quedar libres de pechos.

21 En esta queja que dieron los procuradores de córtes se presentan dos observaciones dignas de tenerse á la vista en toda esta materia: la primera consiste en que los casos que referian los procuradores de haber obligado á los que querian ordenarse á título de patrimonio á que fundasen capellanías eclesiásticas, no eran raros sino tan frecuentes que ya formaban costumbre; ni era singular dicho uso en algun obispado, sino comun á muchos, como se refiere en la letra de la citada ley.

22 El fin que interesaba á los procuradores de córtes consistia en el daño público que experimentaban los vasallos legos de quedar los bienes de las capellanías libres de pechos; y estas dos causas unidas obligaron al señor don Felipe II á que hiciese las insinuaciones que contiene la misma ley para que no los compeliesen á fundar las dichas capellanías.

23 En el artículo 8.° del concordato celebrado con la santa Sede en el año de 1737, se produjeron los mismos sentimientos, de que los vasallos legos no podian llevar las cargas y obligaciones del Estado sobre los bienes que poseian, solicitando en su consecuencia que los que hubiesen adquirido los eclesiásticos desde el principio del reinado del señor don Felipe V, ó que en adelante adquiriesen con cualquiera título, quedasen sujetos á las mismas cargas á que lo estaban los bienes de los legos.

24 Y si en el presente tiempo se hubiera de representar la imposibilidad del estado secular para sostener las cargas inexcusables de la corona, seria incomparablemente mas urgente y notoria, y llamaria mas la atencion el remedio de que no saliesen los bienes del estado secular con título de capellanías á no ser muy clara y expresa la voluntad de sus fundadores.

25 Estos son los fundamentos que en mi dictámen convencen de notorio el exceso de los jueces ordinarios eclesiásticos, que por la sola voz de capellanía con carga de misas, escrita en los instrumentos de su fundacion, intenta erigirla en título perpétuo ó colativo; y será mas evidente la violencia con que lo hacen si los bienes destinados á la capellanía no producen renta competente para la cóngrua dotacion del clérigo que la ha de servir; y esta es otra señal que manifiesta no haber sido la voluntad del fundador que la capellanía se hiciese eclesiástica.

26 En las capellanías antiguas tiene grande influjo la observancia para declarar su naturaleza y calidad cuando no se descubre por el tenor de la escritura de fundacion, ni consta de la ereccion autorizada por el ordinario eclesiástico; pues si el uso hubiese sido uniforme en todas las provisiones, manifiesta seguramente la voluntad del fundador, y se debe tener la capellanía por eclesiástica ó secular, conforme á la observancia.

27 Si la práctica hubiese sido alternativamente contraria, porque unas veces hubiesen nombrado los patronos y herederos persona que suceda en los bienes de la capellanía y cumpla la carga de misas y otras que les esten

impuestas; y el juez ordinario eclesiástico hubiere instituido otras veces la misma capellanía con título de colativa, se complicarán estos estados; y será preciso recurrir, para resolver la permanencia de alguno de ellos, á la antigua primitiva observancia, que es la preferente como mas cercana á la fundacion.

28 Esta es la regla comun á todas las materias, de la cual tratan con distincion en el caso particular de capellanías Mostazo *de Capellaniis lib.* 3. *cap.* 2. desde el *n.* 14.: Gonzalez *super regul.* 8. *Cancelar. glos.* 5. *n.* 51.: Lara *de Capellan. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 50.: Barbosa *de Jur. Ecclesiast. p.* 2. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 12.

29 La razon, en que se funda la preferencia del uso y observancia primitiva, consiste en que entonces se consideran mas instruidos de la voluntad de los mismos fundadores, y se presume que los actos posteriores se han ejecutado clandestinamente sin noticia de los interesados que pudieran reclamarlos, ó por la condescendencia de estos, la cual no es suficiente para alterar la voluntad del fundador, declarada en los actos anteriores.

30 Por los mismos principios se estima en todos los juicios la preferencia de la posesion antigua, y vence á la posterior, considerándola por clandestina y dolosa, conforme á la *ley* 10. *tit.* 14. *Part.* 3.; y esto confirma la proposicion próxima.

31 Tambien se ofrece algun caso en que consta notoriamente por la escritura de fundacion haber sido la voluntad del fundador que la capellanía fuese laical, ya porque lo manifestase así con palabras claras y terminantes, ó ya porque lo hiciese de un modo que solo pudiera tener efecto en las capellanías laicales; y sin embargo de que no consta haber intervenido en su ereccion la autoridad del ordinario eclesiástico, pretende éste mezclarse en su conocimiento y provision á pretesto de haberla provisto alguna vez en el último estado, y á veces acredita que se han repetido dos ó mas colaciones de la misma capellanía, y pretende probar con estos actos, especialmente cuando han sido prescriptos por tiempo legítimo de diez ó mas años, que aunque la capellanía en su orígen fuese laical, ha mudado despues su naturaleza en eclesiástica.

32 Los autores convienen en que el último estado de posesion á favor del eclesiástico no es suficiente por sí solo para ser mantenido en ella, en el caso propuesto de que la escritura de fundacion manifieste claramente la voluntad contraria del fundador; pero si las provisiones hechas por el ordinario se han repetido con efecto por tiempo de diez años, que es el suficiente segun la opinion de unos, ó por el de cuarenta segun estiman otros, son de parecer que habiéndose ejecutado las instituciones y colaciones referidas con noticia y consentimiento de los patronos, ó de los que tuviesen interes en que las enunciadas capellanías se conservasen laicales segun las disposiciones del fundador, habrian mudado esta calidad, y recibido la de eclesiástica colativa. Así se explican Lara *de Capellaniis lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 50. *y siguientes*: Barbosa *de Jur. Eccles. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 12.: Mostazo *de Capellaniis lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 28. *y siguientes.*

33 Los patronatos, en cuanto se dirigen por su presentacion á que se instituya clérigo para el servicio de las iglesias y beneficios eclesiásticos, se consideran con anexion á la espiritualidad de los mismos beneficios, como antecedente que prepara al que ha de ejercer los ministerios espirituales. Este es el concepto que explican los cánones, las leyes y los autores, y por el mismo lo sujetan en sus contenciones sobre la propiedad ó posesion al fuero de la Iglesia. El *cap.* 3. *ext. de Judiciis*, dispone lo siguiente: *Causa vero juris patronatus ita conjuncta est, et connexa spiritualibus causis, quod non nisi ecclesiastico judicio valeat definiri*: *cap.* 16. *de Jur. patronat.* ibi: *Cum inconveniens sit vendi jus patronatus, quod est spirituali adnexum.*

34 La *ley* 56. *tit.* 6. *Part.* 1. forma tres clases de juicios pertenecientes al fuero de la Iglesia: en la primera pone las demandas que son espirituales, y entre ellas cuenta la que se hace sobre

razon de derecho de patronazgo, y da la razon: «Ca como quier que le pue»den aver los legos, segun dice adelan»te en el título que fabla del; pero por»que es de cosas de la Eglesia, cuen»tase como por spiritual:» *ley* 15. *tit.* 15. *de la prop. Part.* «Sufre Santa Egle»sia, é consiente que los legos ayan »algun poder en algunas cosas spiri»tuales, así como en poder presentar »Clérigos para las Eglesias, que es cosa »spiritual, ó allegada con spiritual:» *Div. Thom. Secund. secund. q.* 100. *artículo* 4. ibi: *Quædam autem sunt annexa spiritualibus, in quantum ad spiritualia, ordinantur, sicut jus patronatus, quod ordinatur ad præsentandum clericos ad ecclesiastica beneficia.* Del mismo modo se explica Gonzalez sobre el *cap.* 3. *de Judiciis n.* 8.

35 Si el patrono eligiese ó nombrase clérigo para servir alguna capellanía laical, y cumplir sus cargas de misas ú otras pias, á que esten afectos los bienes de la fundacion, ejercita un acto puramente temporal, reducido á encargar al clérigo que celebre las misas, aniversarios ú otras cargas pias, sin que esta disposicion le prepare, ni habilite para ejercer los ministerios sagrados, porque ya lo estaba con su ordenacion á título del beneficio eclesiástico; y así no tiene anexion este patronato y nombramiento que hace con espiritualidad; y por estos dos respectos se distingue el derecho de patronato eclesiástico, ya corresponda á clérigo ó á lego, del que es puramente laical; perteneciendo al fuero de la Iglesia el conocimiento de las causas, que se exciten sobre la propiedad y posesion del primero y sus presentaciones; y siendo las del segundo privativas de la jurisdiccion real, cuando se introduce en ellas el juez eclesiástico, hace fuerza en conocer y proceder.

## CAPÍTULO VI.

*De la fuerza de conocer y proceder, que hace el juez eclesiástico en la ejecucion de las sentencias que diere, prendiendo las personas legas, ó embargando sus bienes.*

1 En los capítulos antecedentes he tratado de las fuerzas que hacen los jueces eclesiásticos, cuando intentan conocer y proceder en las causas en que no tienen jurisdiccion. En este capítulo se supone que son jueces legítimos, y que pueden conocer, proceder y acabar los juicios por sus sentencias; y que para su ejecucion proceden á aprender las personas legas, y embargar sus bienes por autoridad propia. Este es el primer punto de la cuestion.

2 El segundo punto se reduce á si ha de pedir el auxilio el juez eclesiástico al real antes de usar de censuras, ó cuando estas no hayan alcanzado á hacerse obedecer, y cumplir sus sentencias: en el tercero se examinará la obligacion del juez real á prestar el auxilio, y con qué instruccion y conocimiento debe hacerlo; y en el último se manifestarán los medios y recursos de que pueden usar, así el juez eclesiástico como el real, en caso de negar este el auxilio que se le pide.

3 El punto primero no presenta duda alguna racional á los que lean con sinceridad las leyes del reino, por hallarse en ellas literalmente decidido por regla general exclusiva de toda limitacion que el juez eclesiástico, para ejecutar su sentencia, no puede tocar por su propia autoridad en la persona del lego ni en sus bienes temporales; pero hay algunos autores de grave opinion, que han establecido la suya, inventando casos en que limitan la regla antecedente; y conceden al juez eclesiástico jurisdiccion competente para proceder por sí solo en ejecucion de sus sentencias á aprender á los legos, embargar, y vender sus bienes [5].

4 Esta disonancia de opiniones excita la ambicion de algunos jueces eclesiásticos, y turba la tranquilidad pública con recursos y competencias, intentando persuadir que se hallan en los casos y limitaciones que señalan los referidos autores [6]; y este daño, que siempre es grave, convendria se precaviese con providencia general, si examinada la razon en que se fundan, mereciese justa repulsa, como á mí me parece que la tiene; y es lo que voy á demostrar por la letra y por el espíritu de las mismas leyes reales.

5 En la *ley* 6. *tit.* 4. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 9. tit. 1. lib. 2. y 6. tit. 12. lib. 12. de la Nov. Recop.) declaran y disponen los señores reyes católicos que «los Jueces eclesiásticos no pue»den, ni deven usar para execucion de »la Justicia Eclesiástica, ni aprove»charse de las armas temporales;::: por»que qualquier cosa que conviniere »para defension de la Iglesia, y sus »bienes, y jurisdicciones, queriendo »ayuda del nuestro brazo seglar en lo »justamente pedido, les está mandado »dar.» Continúa la misma ley con la siguiente cláusula: «Y pidiendo el di»cho brazo seglar, podrian sin escán»dalo ejecutar lo que por ellos justa»mente fuese determinado.»

6 La *ley* 14. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 4. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.) ratifica la misma disposicion en términos mas expresivos, pues dice: «Porque así co»mo Nos queremos guardar su juris»diccion á la Iglesia, y á los Jueces »Eclesiásticos, así es razon, y derecho »que la Iglesia y Jueces della no se »entremetan en perturbar la nuestra »jurisdiccion real: porende defendemos, »que no sean osados de hacer execu»cion en los bienes de los Legos, ni »prender, ni encarcelar sus personas, »pues que el Derecho pone remedio »contra los Legos, que son rebeldes en »no cumplir lo que por la Iglesia jus»tamente les es mandado, y enseñado, »conviene á saber que la Iglesia invo»que la ayuda del brazo seglar.»

7 La *ley* 15. (Ley 12. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.), siguiente manda guardar todas las anteriores, que prohiben á los jueces eclesiásticos que hagan ejecucion y prisiones en personas legas; y para que aquellas hayan mejor y mas cumplido efecto, manda «á qualesquier Fiscales, y Alguaciles »executores, que agora son, ó serán de »aquí adelante, de qualesquier Perla»dos, y Jueces Eclesiásticos destos »nuestros Reynos, y Señoríos, que »ninguno dellos pueda prender, ni »prenda á ninguna persona lega, ni ha»gan execucion en ellos, ni en sus bie»nes por ninguna causa que sea; y á »qualesquier Escrivanos, y Notarios »que no firmen, ni signen, ni den »mandamiento, ni testimonio alguno »para lo susodicho, ni para cosa algu»na tocante á ello; salvo que quando »los dichos Jueces Eclesiásticos quisie»ren hacer las tales prisiones, y execu»ciones, pidan, y demanden auxilio de »nuestro brazo Real á las dichas nues»tras Justicias seglares; los quales lo »impartan quanto con derecho devan: »lo qual todo mandamos á los Proviso»res, y Vicarios, y Jueces Eclesiásti»cos que guarden, y cumplan segun, »y como en esta ley se contiene, sope»na de perder la naturaleza, y tempo»ralidades que tienen en estos nuestros »Reynos, y de ser avidos por agenos, »y estraños dellos: y á los dichos Fis»cales y Alguaciles, y otros executores, »y Escribanos, y Notarios, y á cada »uno dellos, que lo contrario hicieren, »que por el mismo caso les sean confis»cados todos sus bienes para nuestra »Cámara, y Fisco, y sean desterrados »perpetuamente destos nuestros Rey»nos, y Señoríos: y damos licencia, y »facultad, y mandamos á las nuestras »Justicias, y á qualesquier nuestros »Súbditos, y Naturales, que no con»sientan, ni den lugar á los dichos Fis»cales, y executores que hagan lo su»sodicho, antes, si fuere menester, »que lo resistan: y mandamos que lo »susodicho aya lugar, sin embargo de »qualquier costumbre que se alegue, »si la ha avido, porque aquella ha sido »sin nuestra sciencia, y paciencia.»

8 Muchos de nuestros autores admiten la regla, que dan las citadas leyes, en todas las causas de que conocen los jueces eclesiásticos sin excepcion ni limitacion alguna. Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 167., dejando ya referidas en los números anteriores las causas contra legos de que los eclesiásticos pueden conocer, dice lo siguiente: «Ni en los casos de suso referidos »pueden tomarles sus bienes por deu»das civiles, ó criminales, ni prender»los, ni encarcelarlos; porque para es»to han de invocar el auxilio y ayuda »del brazo seglar, y de la Real juris»diccion, salvo en el crímen de here»gía.» Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 36. dice: *Deinde injusta dicitur detentatio ex hoc etiam capite jurisdic-*

*tionis defectus, quoties carceratio fit à judice ecclesiastico in laicos, etiam in his casibus, quibus competens judex est, sive in criminalibus, sive in civilibus, sive in spiritualibus, vel eis connexis, absque invocatione brachii sæcularis, regiæque jurisdictionis: nam licet prædicti judices ecclesiastici habeant jurisdictionem in prædictis casibus in laicos, hoc intelligitur quantum attinet ad censuras excommunicationis, et alia remedia ecclesiastica; at quoad gladium temporalem, quantum ad usum et exercitium, ut residet penes potestatem sæcularem, non possunt ipsi judices ecclesiastici, nullis in casibus, capere personas laicas, et eas incarcerare, nisi prius invocaverint auxilium prædictum brachii sæcularis.*

9 El señor Covarrubias, conviniendo con la regla que establecen las citadas leyes, intenta limitarla, atribuyendo al juez eclesiástico autoridad propia para prender en uso de ella sin dependencia del auxilio del brazo seglar al lego que hubiese condenado en causa criminal, si impone la prision como pena y castigo del mismo delito, ó se dirige á la seguridad de ejecutar la que le impusiese. Así se explica este sabio autor en el *cap.* 10. *de sus Prácticas n.* 2.: Acevedo á la *ley* 14. *tit.* 1. *lib.* 4. *n.* 11. sigue el mismo pensamiento, conducidos estos, y otros autores que ellos refieren, del *canon* 13. *causa* 17. *q.* 4.

10 Yo he considerado con séria meditacion que semejantes limitaciones no son otra cosa que unas derogaciones parciales de la misma ley, que solo pueden hacer los autores de ella, sin que los particulares la interrumpan ó alteren con opiniones arbitrarias, á menos que en la misma ley se presente suficiente mérito para interpretarla y declararla en el sentido mas conforme á su disposicion; pero las que se han referido son tan expresas en la comprension general de todas las causas de que conocen los jueces eclesiásticos, y con repeticion de que en ninguna de ellas puedan prender á los legos, que no cabe duda en su propia inteligencia, ni es lícito interpretar ni declarar una disposicion tan universal y notoria.

11 El citado *cap.* 13. no determina que el juez eclesiástico pueda prender al lego; pero cuando le autorizase para su ejecucion deberia resistirse por las justicias reales y por los tribunales superiores, á quienes está encargada la proteccion y defensa de la jurisdiccion real, y de los vasallos legos que estan privativamente sujetos á ella en el territorio del príncipe; y solo en el caso que éste conceda al juez eclesiástico licencia y poder para la prision de los legos, podrá ejecutarla sin implorar el auxilio del brazo seglar: porque en estos casos señalados, como lo está el crímen de heregía, la facultad que con precedente disposicion les concede el soberano, produce el mismo efecto que si la interpusiese el juez real en los casos particulares que ocurran.

12 Puede tambien entenderse en el caso referido que por lo execrable del delito, y por lo que importa al público mantener con pureza la religion, relaje el príncipe de su jurisdiccion á los que cometieren tan enorme exceso, y queden desde el mismo establecimiento de la ley sujetos á la potestad del juez eclesiástico, que conoce de su causa, para que pueda prenderlos y asegurarlos, como lo notó Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 171. con las leyes y autoridades que refiere; y esta excepcion confirma mas la regla universal, que dieron las citadas leyes de la *Recopilacion* en defensa de la jurisdiccion real, y de los legos que estan sujetos á ella.

13 A la costumbre ó prescripcion atribuyen algunos autores el efecto de que los jueces eclesiásticos puedan prender y embargar los bienes de los legos en uso de la potestad que adquieren por la costumbre, sin pedir el auxilio del brazo seglar. Este es el dictámen que han establecido el señor Covarrubias *Practicar. cap.* 10. *n.* 2. *vers. Primum*: Acevedo á la *ley* 14. *tit.* 1. *lib.* 4. *num.* 7.: Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 17 *n.* 170.; con la diferencia entre estos y otros autores que refieren, que el señor Covarrubias considera subsistente la costumbre, que se hubiese

introducido anterior á la citada *ley* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 12. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.), que es del año 1525., asegurando no haberla querido el rey derogar en las córtes de Madrid de los años de 1528 y 1534, aunque se lo pidieron con instancia.

14 Acevedo y Bobadilla en los lugares citados, con otros que refieren, no permiten la costumbre anterior á la enunciada *ley* 15. (Ley 12.), ó porque no se hubiese hasta entonces introducido y probado, ó porque en la misma ley quedó derogada.

15 En esta parte es notoria y bien fundada la opinion de estos autores, pues se manda guardar lo dispuesto en la misma *ley* 15. (Ley 12.), y en otras que se han referido, acerca de que los jueces eclesiásticos no puedan prender á los legos, ni ocupar sus bienes sin el auxilio del brazo seglar, y concluye: «Que lo susodicho aya lugar, sin em»bargo de cualquier costumbre, que se »alegue, si la ha avido: porque aque»lla ha sido sin nuestra sciencia y pa»ciencia.»

16 La costumbre contraria á lo dispuesto en las citadas leyes era incompatible con su observancia y cumplimiento; y mandándose que lo tuviesen en todas las causas, quedaba necesariamente derogada la costumbre anterior, aunque la hubiese, y se probase.

17 Para el tiempo venidero en que la admiten los citados autores hallo yo mayor resistencia: porque si los señores reyes no quisieron que valiese la costumbre anterior á sus leyes, siendo así que estas tienen mas poderoso influjo en lo venidero que en lo pasado; no es de presumir que quisieran dar entrada á la costumbre posterior, ni permitir con su ciencia y paciencia la derogacion de las enunciadas leyes con tan grave daño de la causa pública y de la jurisdiccion real.

18 Si el uso, la costumbre y el privilegio de los reyes son títulos legítimos para trasladar á los prelados y personas eclesiásticas el uso de la jurisdiccion real en las causas, en las personas y en los bienes de los legos, segun consta de la *ley* 4. *tit.* 3. *libro* 1. (Ley 2. tit. 9. lib. 1. de la Nov. Rec.), y de las 2. y 3. *tit.* 1. *lib.* 4. (Leyes 1. 2. y 3. tit. 1. lib. 4. de la Nov. Rec.); tambien se previene en la 8. del *prop. tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 15. tit. 1. lib. 6. de la Nov. Recop.) que nombren personas seglares para que la ejerzan; y cuando en primera instancia la ejerzan los mismos eclesiásticos, otorguen las apelaciones para las chancillerías; viniendo á demostrarse por estos principios que cuando pudiese tener lugar la enunciada costumbre, quedaria no obstante salva la conclusion de que los jueces eclesiásticos por su autoridad no pueden prender á los legos, ni embargar sus bienes; pues lo harian en este caso con la jurisdiccion real; entendiéndose que conocian de la causa si determinaban y condenaban al reo lego por su jurisdiccion eclesiástica; y que la ejecutaban con la real, como ministros del rey, que con anticipacion se la habia concedido.

19 La positiva resistencia que hallan los jueces eclesiásticos en las enunciadas leyes para poner la mano en los legos y sus bienes, los obligaria en el caso que lo hiciesen á probar clara y concluyentemente el uso, la costumbre ó el privilegio en que se fundasen, haciéndolo ante el rey ó sus tribunales, como se dispone en las *leyes* 2. *y* 3. *tit.* 3. *lib.* 1. (Ley 2. tit. 1. lib. 2., y 1. tit. 9. lib. 1. de la Novis. Recop.)

20 Entretanto les impedirán los jueces reales y cualquier súbdito de S. M. el intento de prender á los legos, y embargar sus bienes; y si fuese necesario recurrir al Consejo y chancillerías para detener el impulso de los jueces eclesiásticos que pretendan ejecutar sus sentencias sin el auxilio del brazo seglar, se declarará la fuerza en conocer y proceder, sin que les aproveche que aleguen uso, costumbre ó privilegio: porque su exámen y el de sus circunstancias no cabe en los estrechos límites del conocimiento que se toma para declarar la fuerza; y se les reservaria su derecho para que separadamente lo produjesen en los mismos tribunales reales.

21 Por todo lo expuesto se convence segun mi dictámen que la cues-

tion que se suscita sobre la fuerza de la costumbre contraria á las enunciadas leyes, es casi ilusoria: porque no hay términos para que se introduzca y corra el tiempo necesario con ciencia y paciencia del rey á vista de tantos ministros, que por todas partes velan con mucho celo en la defensa de la jurisdiccion real que les está encomendada; concurriendo ademas el interes propio de los mismos jueces reales, que los estimula á no tolerar que los eclesiásticos usurpen su jurisdiccion; ni seria atendible su condescendencia si no probasen los eclesiásticos la ciencia y paciencia del rey, no por conjeturas ó presunciones, sino por evidencias que venciesen la resistencia mas poderosa que contienen las citadas leyes, de que no permitirán los señores reyes ni los tribunales superiores un abuso tan punible en los jueces eclesiásticos [7].

22 Si dichos jueces eclesiásticos han de pedir el auxilio del brazo seglar para ejecutar sus sentencias en los legos y en sus bienes temporales, entra la duda y el exámen del segundo punto, reducido á si lo han de pedir antes de usar de las censuras, ó despues que hayan visto que no alcanzan al cumplimiento de sus sentencias.

23 Tambien estan discordes los autores en la decision de este artículo, y llenan de confusion con sus doctrinas á los jueces y á los que litigan. El señor Covarrubias en el *cap.* 10. *de sus Prácticas n.* 1. habla con distincion de las causas civiles, y dice en cuanto al auxilio lo siguiente: *Sic etenim judex ecclesiasticus, ubi censuris jam fuerit usus adversus laicos, nec potuerit earum viribus sententiam exequi, requirit pro ejus executione judicem sæcularem, ut is, captis rebus et persona ipsius laici condemnati, ecclesiastici sententiam exequatur.* Y en el num. 2. en cuanto á las causas criminales ratifica el mismo propósito, y se explica en los términos siguientes: *Hujus opinionis ratio vel ex eo deducitur quod sæpissime in jure sit expressum, quoties ecclesiasticus judex de crimine adversus laicum cognoscit, cujus cognitio ad eum pertineat; post decretas canonicas censuras, ipsisque minime sufficientibus ad correctionem: tunc auxilium à sæculari judice implorandum esse; quod non alia sit adversus laicos judici ecclesiastico permissa coercendi potestas, quam quæ censuris constat; ea vero non sufficiente, ministerio judicis sæcularis est punitio peragenda.*

24 El cardenal de Luca en sus *Anotaciones al cap.* 3. *ses.* 25. *de Reformat. discus.* 43. *nn.* 9. *y* 10. distingue tres casos á que puede aplicarse la disposicion del santo Concilio: el primero cuando la sentencia es dada contra clérigo: el segundo cuando se dió contra lego, y puede el juez eclesiástico por uso y costumbre ejecutarla en su persona y en sus bienes: el tercero cuando no hay costumbre, y es necesario requerir al juez real para que con su auxilio se prenda al lego y embarguen sus bienes.

25 En los dos casos primeros estima necesario y esencial el órden que señala el santo Concilio para llegar á las censuras; esto es, que proceda por su propia autoridad á la prision del lego y ocupacion de sus bienes; y si estos medios no alcanzasen al cumplimiento y ejecucion de la sentencia, permite como último término de su potestad el uso de las censuras.

26 En el último caso propuesto es de opinion que el juez eclesiástico puede usar en primer lugar de las censuras, y no alcanzando á la ejecucion de su sentencia, invocar el auxilio del brazo seglar.

27 La opinion de estos dos graves autores ha conseguido la ventaja de que se repute por comun; pero otros la contradicen con fundamentos á mi parecer mas sólidos. Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 169. dice lo siguiente: «En »dos ó tres cosas, en que hay contro»versias en estos casos, diré lo que »siento. La una es, que el dicho au»xilio del brazo seglar contra legos no »ha de ser el postrer remedio y subsi»diario despues de las censuras Ecle»siásticas, ni despues que ya la Iglesia »no tenga mas que hacer, como por »comun opinion tuvieron muchos Au»tores, sino que las censuras sean lo

»último, y á mas no poder, y despues »de experimentado, ó ejecutado el re»medio del dicho auxilio: y esto por »un decreto del Concilio Tridentino, »que por respeto y mayor reverencia »de las censuras Eclesiásticas y cuchi»llo espiritual lo dispuso así. Y esto »veo que se practica, que el auxilio se »pide luego al principio.» Van-Espen *in Jus Canonic. tom. 6. cap. 6. tract. de censuris, vers. Cum autem*, es de la propia opinion, y la afianza no solo con las autoridades que refiere, sino tambien con la práctica, que en lo tocante á España es uniforme en pedir el auxilio del brazo seglar en primer lugar, reservando el uso de las censuras para el último remedio.

28 En el conflicto de las enunciadas opiniones no será extraño que los jueces eclesiásticos se dividan igualmente en partidos opuestos, y quede arbitrario el uso de las censuras en el órden de imponerlas; y para ocurrir á la turbacion que causarian estos procedimientos desiguales, seria conveniente se declarase por punto general que los jueces eclesiásticos para ejecutar sus sentencias contra los legos se ayudasen del brazo seglar, reservando las censuras para el último remedio. Esto es lo mas conforme á la letra y al espíritu del santo Concilio de Trento en el citado *cap.* 3. *ses.* 25., y á los sentimientos piadosos de la Iglesia, que solicita el remedio de los fieles por un órden de correccion ó castigo suave y templado, sin empezar por el rigor de las penas graves.

29 Aunque el santo Concilio de Trento no explica con palabras expresas la necesidad de guardar este órden, lo hace de un modo nada oscuro, como lo observó el crítico Van-Espen en su tratado *de Censuris Ecclesiasticis cap.* 6. §. 1. *vers. Cum autem, in fin.* ibi: *Quemadmodum et ipsa Synodus Tridentina non obscure insinuat.*

30 Si se examina por partes la enunciada disposicion del santo Concilio, se demostrará la necesidad, que tienen los jueces eclesiásticos de proceder á la ejecucion de sus sentencias por los medios temporales de la prision de los legos y embargo de sus bienes; ya lo hagan por su propia autoridad ó por la de los jueces reales.

31 Los mismos autores de la opinion contraria convienen en que los jueces eclesiásticos, cuando pueden ejecutar sus sentencias por autoridad propia en la persona y bienes del lego condenado, no deben hacer uso de censuras, *ibi*: *In causis vero judicialibus mandatur omnibus judicibus ecclesiasticis, cujuscumque dignitatis existant, ut quandocumque executio realis, vel personalis in qualibet parte judicii propria auctoritate ab ipsis fieri poterit, abstineant se tam in procedendo, quam definiendo, à censuris ecclesiasticis, seu interdicto.* Permite el santo Concilio á los jueces que impongan multas pecuniarias, aunque sea á legos, y que procedan por prision y embargo de bienes, *ibi*: *In causis civilibus ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentibus, contra quoscumque etiam laicos, per mulctas pecuniarias,::: seu per captionem pignorum, personarumque districtionem.*

32 En cuanto á la exaccion de las multas pecuniarias, ocupacion de las prendas, apremio ó prision de las personas, procede el santo Concilio con uniformidad en que se hagan por los ejecutores propios de los jueces eclesiásticos ó por los agenos, *ibi*: *Per suos proprios, aut alienos executores.*

33 En el supuesto de que la ejecucion real ó personal no tenga cumplido efecto por los dos medios indicados, permite á los jueces eclesiásticos que usen de censuras y de otras penas, *ibi*: *Quod si executio realis, vel personalis adversus reos hac ratione fieri non poterit, sitque erga judicem contumacia; tunc eos etiam anathematis mucrone, arbitrio suo, præter alias pœnas, ferire poterit.*

34 ¿Quiénes son aquellos ejecutores que llama agenos el santo Concilio, sino los que prestan los jueces reales para el auxilio y ejecucion de dichas sentencias? Y disponiéndose expresamente que la ejecucion real ó personal se haya de intentar por alguno de estos dos medios, no se puede llegar, hasta evacuarlos, al uso de las censuras.

35 En las causas criminales manifiesta el santo Concilio el mismo propósito, *ibi*: *In causis quoque criminalibus, ubi executio realis, vel personalis, ut supra, fieri poterit, erit à censuris abstinendum.* La referencia que indican las palabras *ut supra*, declara bien abiertamente que así como en las causas civiles no podia el juez eclesiástico llegar á las censuras, sin que viese primero si se lograba la ejecucion real ó personal por sus propios ministros ejecutores ó por los agenos; del mismo modo se ha de proceder en la ejecucion de iguales multas y penas impuestas en las causas criminales.

36 Continúa el santo Concilio con la última cláusula dispositiva en la forma siguiente: *Sed si dictæ executioni facile locus esse non possit, licebit judici hoc spirituali gladio in delinquentes uti; si tamen delicti qualitas, præcedente saltim bina monitione, etiam per edictum, id postulet.* Aquí guarda el santo Concilio el propio sistema, y lo indica con la misma referencia en estas palabras *dictæ executioni*; de manera que guarda la identidad de los casos propuestos y de los medios de su ejecucion por los ministros propios ó agenos.

37 Yo presumo que han tomado ocasion los autores, para dividirse en contrarias opiniones, de las palabras que en esta última disposicion se contienen, señaladamente de la expresion *facile*, entendiendo que cuando el juez eclesiástico puede ejecutar la sentencia contra los legos por su propia autoridad, y la de sus ministros, está en el caso de ser fácil y expedita; pero que no halla esta facilidad cuando la ha de solicitar de la mano del juez real; y así permiten en este caso el uso prévio de las censuras.

38 Si esto es así (pues yo no alcanzo que hayan podido tener otro pretexto) se convencerá con toda evidencia que la misma facilidad y expedicion logran los jueces eclesiásticos implorando el auxilio del brazo seglar; pues nunca se lo niegan si justamente les es pedido, ántes bien se lo estan ofreciendo las leyes; y si á cualquiera insinuacion el juez eclesiástico logra el fin á que la dirige, siendo justo, debe confesar necesariamente por tan fácil y expedito este medio de ejecutar sus sentencias, como el de hacerlo por autoridad propia.

39 Los reyes por la suprema autoridad de su oficio dispensan á la Iglesia con la mayor generosidad todos los auxilios que necesita para hacerse obedecer, y que se cumplan sus mandamientos; y aun tienen interes propio en desempeñar religiosamente esta obligacion que les está impuesta, y refieren los cánones y las leyes.

40 El *canon* 20. *caus.* 23. *q.* 5., que se formó de la sentencia de san Isidoro, no solo explica la grande autoridad que tienen los reyes en la Iglesia, sino la obligacion de proteger y hacer cumplir sus disposiciones; pues en su primera parte dice: *Principes seculi nonnumquam intra ecclesiam potestatis adeptæ culmina tenent, ut per eamdem potestatem disciplinam ecclesiasticam muniant*; y concluye: *Cognoscant principes seculi Deo debere se rationem reddere propter ecclesiam, quam à Christo tuendam suscipiunt. Nam sive augeatur pax, et disciplina ecclesiæ perfideles prinsipes, sive solvatur, ille ab eis rationem exiget, qui eorum potestati suam ecclesiam credidit.*

41 El papa san Leon escribiendo al emperador Leon en su carta 5. segun la coleccion de Harduino *tom.* 2. *pág.* 702, le recuerda como primera obligacion de su real potestad la proteccion y defensa de los establecimientos de la Iglesia: *Cum enim clementiam tuam Dominus tanta sacramenti sui illuminatione ditaverit, debes incunctanter advertere regiam potestatem tibi non solum ad mundi regimen, sed maxime ad ecclesiæ præsidium esse collatam.* Lo mismo se repite en las leyes y en los concilios.

42 Pues si el príncipe reune su autoridad con la de la Iglesia, y es un fiel compañero que la sirve con religioso celo ¿qué dificultad ni reparo pueden hallar los jueces eclesiásticos en valerse de su auxilio, y excusar con él á los fieles el temible golpe de las censuras?

43 En cuanto al punto tercero es mas segura y expedita la resolucion de que el juez real no debe impartir el auxilio que le pide el juez eclesiástico, sin informarse por el proceso ó por los insertos de su requisitoria, de que el mandamiento de la prision del lego y embargo de sus bienes son justos; así por corresponder al eclesiático la jurisdiccion en aquella causa, como por haber guardado el órden que influye en la defensa natural, sin hallarse suspendida por la apelacion ni por otro recurso la jurisdiccion del eclesiástico, que invoca el auxilio del brazo seglar.

44 Esta es una conclusion autorizada por las leyes. La *ley* 6. *tit.* 4. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 9. tit. 1. lib. 2. y 6. tit. 12. lib. 12. de la Nov. Recop.) supone que los jueces eclesiásticos no pueden, ni deben usar para ejecucion de la justicia eclesiástica de las armas temporales; y da la razon: «Porque »queriendo ayuda del nuestro brazo se»glar en lo justamente pedido, se les »está mandado dar:::: y pidiendo el di»cho brazo seglar, podrán sin escánda»lo ejecutar lo que por ellos justamente »fuese determinado.»

45 Con el mismo supuesto procede la *ley* 14. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 4. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.) *ibi*: «Pues que »el derecho pone remedio contra los Le»gos, que son rebeldes en no cumplir »lo que por la Iglesia justamente les es »mandado, y enseñado, conviene sa»ber, que la Iglesia invoque la ayuda »del brazo seglar.»

46 La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* (Ley 12. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.) se explica en iguales términos, *ibi*: «Salvo que cuando los dichos Jueces »Eclesiásticos quisieren hacer las tales »prisiones, y ejecuciones, pidan, y de»manden auxilio de nuestro brazo Real »á las dichas nuestras Justicias seglares; »los cuales lo impartan cuanto con de»recho deban.»

47 Si el juez real impartiese el auxilio en el momento que lo pide el eclesiástico, ¿cómo podria responder de la obligacion de darlo solamente en lo que justamente le fuere pedido? ¿Cuántas veces añadiria nueva opresion el juez real á la que contenia el mandamiento del eclesiástico? Es tan necesario y privativo del juez real este conocimiento, que si impartiese el auxilio sin tomarlo, daria justa causa solo con la inversion de este órden para apelar al tribunal superior de dicho juez. Así lo estima y funda doctamente Amaya *in Cod. lib.* 10. *ad leg.* 2. *de Executor. tributor. n.* 44. *y siguientes*, con otros autores que cita. Estas consideraciones descubren mas el espíritu de las leyes referidas, y el mismo se halla declarado por el Consejo en los casos que han llegado á él por recurso de queja, introducido por los jueces eclesiáticos contra los seglares que suspendieron el auxilio, hasta informarse por los autos del eclesiástico, ó por su testimonio, de que les era justamente pedido.

48 Yo he intervenido en un caso igual, reducido á que por resultas de unos autos que pendian en el tribunal del visitador eclesiástico de Madrid, proveyó este auto de prision y embargo de bienes contra el mayordomo de fábrica de la parroquial de san Sebastian y un sacristan menor de ella, siendo los dos legos; y para su ejecucion pidió el real auxilio á un alcalde de corte, quien se excusó á darlo, sino se instruia por el proceso de la justicia del visitador. Pasóle éste con efecto los autos originales, aunque con bastante repugnancia, y en su vista negó el alcalde el auxilio, y representó al Consejo los motivos en que se habia fundado. Y el Consejo, habiendo oido al señor fiscal, aprobó en todo el procedimiento del alcalde; y enterado con este motivo de que en Madrid impartian los jueces reales el auxilio que les pedian los eclesiásticos, sin preceder la debida instruccion; mandó, conformándose con lo pedido por el mismo señor fiscal, que para evitar en adelante semejantes embarazos, y arreglar lo correspondiente á este asunto, informase la sala de alcaldes de córte el modo y forma en que se debia pedir y conceder el real auxilio á los jueces eclesiásticos de esta córte, cuando lo necesitasen.

49 En su cumplimiento se comunicó la órden correspondiente al señor gobernador de la sala en 2 de Junio

de 1770, y por no haberse remitido al Consejo el informe que se la pidió, no ha tenido curso este expediente general.

50 Con motivo de una representacion que sobre el propio asunto hizo á S. M. el muy reverendo arzobispo de Valencia, se expidió real cédula en 24 de Abril de 1760, en la cual declaró S. M. que á dicho muy reverendo arzobispo, ni á sus jueces eclesiásticos en su diócesis, no les compete la facultad y libertad de capturar las personas de los legos, ni secuestrar sus bienes sin implorar el auxilio del brazo seglar; sino que deben implorarlo en todo género de causas de que tengan facultad de conocer entre legos, siempre que hayan de proceder á la captura de sus personas, embargo ó secuestro de sus bienes, debiéndoselo dar los jueces reales con la mayor exactitud y prontitud, como y cuando con derecho deban, arreglándose á las leyes del reino, sobre que se les encarga la mayor correspondencia; de modo que sin perjuicio de la real jurisdiccion se consiga el fin á que se dirigieren los justificados procedimientos de los jueces eclesiásticos del arzobispado de Valencia.

51 El cuarto punto, que es el último de los propuestos en este capítulo, tiene mas expedita resolucion por la doctrina uniforme de los autores; quienes convienen en que si juez real suspendiese dar el auxilio al eclesiástico hasta instruirse por los autos de la razon y justicia con que se pide, ó si despues de informado lo negase, procede el eclesiástico por censuras contra el juez real, y este usa de dos medios para defender su jurisdiccion; cuales son acudir al tribunal del eclesiástico á pedir que alce las censuras, y suspenda todos sus procedimientos, apelando de lo contrario á su inmediato superior; y no admitiéndole la apelacion, recurrir á la chancillería ó audiencia por via de fuerza, y declarando este tribunal que la hace, le manda reponer y otorgar. Así se explica Acevedo sobre la *ley* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. *n.* 12.: Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 181. *y* 182.; el señor Covarrubias *Prac. cap.* 10. *n.* 1. *vers. Eadem ratione.*

52 A mí no me parece conveniente seguir los medios que indican los referidos autores en defensa de la jurisdiccion real; porque en uno y otro se viene á sujetar al juez seglar á que acuda al eclesiástico á pedir la revocacion de las censuras, apelar á su superior, y seguir allí su instancia; pues si el juez eclesiástico admite la apelacion, se traslada el conocimiento al superior; si no la otorga, la declaracion de fuerza se supone limitada á que la otorgue y reponga, y viene á quedar ligado el juez real á defender sus procedimientos en la curia eclesiástica.

53 A mí me parece que el eclesiástico en el uso de las censuras oprime al juez real, y hace violencia á su jurisdiccion y corresponde su defensa inmediatamente al Consejo ó chancillerías, sin necesidad de acudir al tribunal del eclesiástico, ni apelar de sus providencias.

54 El Consejo conoció las turbaciones que producía el uso de las censuras contra los jueces reales en este y otros casos semejantes; y para detener este abuso, y venir derechamente á proteger la jurisdiccion eclesiástica en lo que justamente mereciese el auxilio, ó le correspondiese el conocimiento de la causa, y defender al mismo tiempo la jurisdiccion real sin los recursos, opresiones y fatigas que padecian los jueces seglares, acordó las mas sabias y justas providencias que se comunicaron en real cédula de 19 de Noviembre de 1771, expedida en contestacion á las dudas que representó á S. M. el reverendo obispo de Plasencia, en la cual le dice en el *cap.* 1.: «Que el uso »de las censuras debe ser con la sobrie»dad y circunspeccion, que previene »el santo Concilio de Trento; y que si »alguno de los Jueces Reales de aquel »Obispado le diese motivo de queja en »esta parte, lo represente en derechura »al Consejo, ó por mano de mis Fisca»les, para que se provea de remedio »conveniente; y en caso de que no lo »tome, lo pueda hacer inmediatamente »por la via reservada del Despacho uni»versal, para que Yo mande se tome la »providencia que fuere mas justa y »conveniente.»

55 En el *cap.* 2. se continúa al propio intento con expresiones mas claras á fin de evitar toda discordia entre las dos jurisdicciones, pues se dice: «Que »si con motivo de las órdenes expedi»das por el mi Consejo sobre el conoci»miento de las causas decimales, se hu»biese experimentado, ó experimentase »por parte de las Justicias Reales algun »desórden ó mala inteligencia, lo ex»pusiese al mi Consejo con individuali»dad, como lo han hecho otras Igle»sias, supuesto que allí en vista de los »antecedentes podrá tomarse la provi»dencia con el debido conocimiento y »formalidad.»

56 Aunque es de esperar de la veneracion y religioso zelo, con que los reverendos obispos y otros jueces eclesiásticos cumplen las soberanas resoluciones de S. M., que no se apartarán de las indicadas en la citada real cédula; si acaso lo hiciese alguno, usando de censuras contra los jueces reales que suspendan el auxilio, ó no lo presten en los casos que estimen no deberlo dar, recurrirán derechamente al Consejo, á las chancillerías ó audiencias por via de fuerza en conocer y proceder el eclesiástico en perjuicio de la jurisdiccion real y si hallaren que el juez eclesiástico no pidió justamente el auxilio, se declarará que hace fuerza en conocer y proceder; y si por parte del juez real se hubiese negado injustamente el auxilio, se le manda impartir, y queda la jurisdiccion eclesiástica expedita en la ejecucion de sus sentencias.

## CAPÍTULO VII.

### *De los tribunales que pueden alzar las fuerzas, que hacen los jueces eclesiásticos en conocer y proceder contra legos en causas profanas.*

1 Las leyes prohiben con anticipada providencia los insultos y opresiones interiores del reino; todos deben guardarlas desde el punto que salen de la boca del Rey, y llegan á su noticia por medio de una solemne publicacion; pues con ella recibe la ley toda su perfeccion, y empieza en los súbditos la estrecha obligacion de cumplirla.

2 Aristóteles *Ethicor. lib.* 10. *capítulo* 9. bien asegurado de que las disposiciones, que dejan algun arbitrio para no obedecerlas y cumplirlas, no alcanzan á reducir á los hombres al término de la virtud, que es el de la ley, distingue su precepto del de los padres: *Igitur patris quidem præceptio vires non habet, neque necessitatem, neque ullius omnino unius viri, nisi sit rex, aut aliquis talis. Lex autem vim habet cogentem, quæ quidem est sermo ab aliqua prudentia, atque mente profectus.*

3 Santo Tomás *Prima secundæ q.* 90. *art.* 3. trata del autor de la ley, y para persuadir que puede serlo cualquiera persona privada, que induzca al hombre á la virtud, pone el segundo argumento en esta forma: *Intentio legislatoris est ut inducat hominem ad virtutem* (*ex Philosopho lib.* 2. *Ethicor. cap.* 1.); *sed quilibet homo potest alium inducere ad virtutem: ergo cujuslibet hominis ratio est factiva legis.* Á este argumento responde: *Quod persona privata non potest inducere efficaciter ad virtutem: potest enim solum movere; sed si sua motio non recipiatur, non habet vim coactivam, quam debet habere lex ad hoc quod efficaciter inducat ad virtutem;::: hanc virtutem coactivam habet multitudo, vel persona publica, ad quam pertinet pœnas infligere,::: et ideo solius ejus est leges facere.*

4 El mismo Santo en el *art.* 4. *siguiente* difine la ley: *Quædam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo, qui curam communitatis habet, promulgata.* No seria buena ni cumplida la difinicion de la ley si no explicase todas sus partes esenciales, y la fuerza coactiva para obligar eficazmente desde aquel punto á todos los súbditos.

5 La *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) manda guardar las leyes desde el punto de su publicacion, no embargante que contra las dichas leyes del *Ordinamiento y Pragmáticas* se diga y alegue que no son usadas, ni guardadas. Lo mismo se repite en el *aut.* 2.

*tit.* 1. *lib.* 2. (Ley 11. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.)

6 Todas las leyes y autoridades referidas, y los autores que siguen la propiedad de sus palabras y de su espíritu, no consideran el menor influjo en la aceptacion; porque seria sujetar la ley al poder del pueblo, y comprometer á su arbitrio la intencion del rey.

7 ¿Qué distincion hay entre no admitir, ó aceptar la ley, y no obedecerla, ni cumplirla? ¿Cómo podrán salvarse los divinos preceptos, que tanto estrechan sobre la profunda obediencia á los soberanos? Á ellos toca el privativo exámen de la utilidad de la ley. Cuando se tema que experimenten algunos efectos perjudiciales á la causa pública, pueden representarse al autor de la misma ley. Esta es la facultad que dispensan los reyes á sus vasallos. ¿Cuántas veces huirian de la obediencia de la ley, si les fuera lícito no admitirla, ó no observarla, con pretexto de no ser conveniente á la república?

8 Si las leyes que hacen, y publican los reyes en defensa de su potestad y jurisdiccion, y en la de sus súbditos, se observasen como debian por los jueces eclesiásticos, conteniéndose en los límites de su conocimiento, habrian llenado los reyes su primera obligacion en mantener en paz y en justicia el reino, impidiendo el daño con las leyes y con la pena que imponen: *ley* 2. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.) ibi: «La razon, que »nos movió á hacer leyes, fué porque por »ellas la maldad de los hombres sea re»frenada, y la vida de los buenos sea »segura; y por medio de la pena los ma»los se escusen de hacer mal:» San Isidoro *lib.* 5. *Ethimol. cap.* 20. *Factæ sunt leges, ut earum metu humana coerceatur audacia, tutaque sit inter improbos innocentia; et in ipsis improbis, formidato supplicio, refrenetur nocendi facultas*: Senec. *de Ira, lib.* 1. *c.* 16. ibi: *Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim præterita non possunt, futura prohibentur, et quos volet nequitiæ male cedentis exempla fieri, palam occidet; non tantum ut pereant ipsi, sed ut alios pereundo deterreant*: Idem *lib.* 1. *de Clementia*: Div. Thom. *Prima secund. q.* 95. *art.* 1.: Puffendorf en varios lugares de sus obras asegura que la seguridad interior no se puede conseguir sin la potestad de castigar.

9 Por esta razon llamaba el venerable Palafox desgraciada la república que se gobernaba por remedios y no por providencias: porque es mejor ocurrir al daño con la ley, que enmendarlo cuando se padece: *ley* 1. *Cod. Quando liceat unicuique sine jud. se vindicare*: *ley* 5. *Cod. In quib. caus. in integ. restitut. neces. non est.*

10 Poco servirian los sabios establecimientos de las leyes, si se confiase enteramente su cumplimiento á la libertad de los hombres; y este conocimiento y experiencia hizo necesario que se velase constantemente en su observancia: *ley* 2. §. 13. *ff. de Orig. Jur.* ¿*Quantum est enim jus in civitate esse, nisi sint qui jura regere possint*? Aristóteles *Politic. lib.* 4. *oap.* 15. *et lib.* 6. *cap.* 8. *per tot.* ibi: *Nam nihil prodessent judicia, aut sententiæ, nisi forent, qui eas executioni mandarent*: Carleval *de Judic. tit.* 1. *disput.* 1. *n.* 1.

11 El rey no puede desprenderse de este cuidado, porque nace la magestad con esta penosa carga; y solo la necesidad dispensa en los reyes el privativo ejercicio de administrar justicia á sus súbditos, y hace lícito el nombramiento de jueces que los ayuden en tan importante encargo; sin que por eso se disminuya su soberano poder para juzgar y administrar justicia, limitar, ó extender el que ha concebido, así en cuanto á las causas como en los territorios, segun pareciese mas conveniente á beneficio de la causa pública [8].

12 Por toda la serie de los mejores gobiernos se confirma el órden indicado, y mas principalmente por el de España.

13 Moises ocupaba todo el dia en oir y juzgar las diferencias de su pueblo: *Exod. cap.* 18. *vers.* 13. *Altera autem die sedit Moyses ut judicaret populum, qui assistebat Moyse à mane usque ad vesperam.* El crecido número de los que buscaban á Moises como juez de sus discordias excedia á la

proporcion de su despacho. El pueblo padecia grandes perjuicios en la dilacion de las causas, y advertido Moises de la imposibilidad de despacharlas por sí solo, nombró jueces que le ayudasen, reservándose el conocimiento de las mas graves: *Exod. dict. cap.* 18. *vers.* 18.: *Ultra vires tuas est negotium, solus non poteris sustinere*: *Deut. capítulo* 1. *vers.* 10. *Non possum solus sustinere vos, quia Dominus Deus vester multiplicavit vos, et estis hodie sicut stellæ cœli plurimæ*; *et vers.* 12. *Non valeo solus negotia vestra sustinere, et pondus, ac jurgia.*

14 Apenas habia entrado Salomon en el gobierno real, conoció ser una de sus primeras obligaciones el hacer justicia: porque ella es la piedra angular que mantiene la tranquilidad del gobierno: Cicer. *lib.* 1. *Rethor. cap.* 3. *Remota justitia, nihil aliud regna sunt quam magna latrocinia*; *et in legibus salus civitatis*: Belarm. *de Offic. Princip. lib.* 1. *cap.* 19. *Sublata justitia, fluctuat orbis terrarum universus*: Salgado *de Supplication. part.* 1. *cap.* 7. *n.* 1. Salcedo *de Leg. Politic. libro* 1. *capítulo* 7.

15 Los príncipes de los hebreos se hacian distinguir con la dignidad de jueces por mayor preeminencia, ó por ser la primera de su oficio: *lib. Judic. capít.* 2. *vers.* 16. *et* 18. Marquez *en el cap.* 19. *del Gobernador Cristiano* refiere al intento otros muchos sucesos.

16 En España está mas autorizado el ejercicio de los señores reyes en administrar justicia por sí mismos, y velar constantemente sobre que lo hagan sus jueces con integridad y exactitud segun las leyes.

17 La *ley* 2. *tit.* 1. *Part.* 2. entre las partes que tocan al poder de los reyes pone la de hacer justicia, y mandar á otros que la hagan, *ibi*: «E aun ha poder de facer justicia, é escarmiento »en todas las tierras del Imperio, cuan»do los omes ficiesen por que: é otro »ninguno non lo puede facer, si non »aquellos á quien lo él mandase, ó á »quien fuese otorgado por privilegio de »los Emperadores:» *ley* 18. *tit.* 4. *Partida* 3. «E tal poderío de judgar tales »pleytos como estos, llaman *merum im»perium*, que quiere tanto decir, como »puro é esmerado señorío, que han los »Emperadores, é los Reyes, é los otros »grandes Príncipes, que han á judgar »las tierras, é las gentes dellas. Ca otro »ome non lo puede ganar, nin aver por »linage, nin por uso de luengo tiempo, »si señaladamente non le fuere otorga»do por privilegio de alguno destos »grandes Señores.»

18 La *ley* 18. *tit.* 23. *Part.* 3. refiriendo el órden gradual que sin intermision deben llevar las alzadas, pone en el último al rey; y por limitacion á esta regla dice: «Pero si alguno quisie»se luego tomar la primera alzada para »el Rey, ante que pasase por los otros »Jueces, decimos, que bien lo puede »facer. E esto porque el Rey ha Seño»río sobre todos, é puédelos juzgar.»

19 La *ley* 1. *tit.* 15. *lib.* 2. *del Ordenam. Real* dice: «Que todos los Jud»gadores para librar los pleytos sean »puestos por nuestra mano, ó por los »Reyes que despues de Nos vinieren: »porque aquellos que son llamados Jue»ces, ó Alcaldes Ordinarios para librar »los pleytos, no los puede poner otro, »salvo los Emperadores, ó los Reyes, ó »á quien ellos lo otorgasen.»

20 Lo mismo disponen las *leyes* 1. *tit.* 1. y la 6. *tit.* 13. *lib.* 3. *del Ordenam.*: la 1. *tit.* 9. *lib.* 3.: las 1. *y* 2. *título* 1., y la 1. *tit.* 15. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 1. lib. 11., y 1. 2. 3. tit. 1. lib. 11., y 4. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Recop.) con otras que recogió el señor Covarrubias en el *cap* 1. *de sus Prácticas n.* 9. en comprobacion de su octava conclusion que dice: *In Castellana Republica tota civilis potestas, et jurisdictio penes ipsum solum Regem est*; *ab eoque derivatur in alios.*

21 La *ley* 5. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley. 2. tit. 6. lib. 3. de la Nov. Recop.) es la mas expresiva en cuanto á las obligaciones que tienen los reyes de juzgar por sí las causas, y al exacto cumplimiento que han dado á ellas en todos tiempos; pues dice: «Con»viene al Rey que ande por todas sus »Tierras, y Señoríos, usando de justi»cia, y aquella administrando, y que »anden con él el Consejo, y Alcaldes, »y los otros Oficiales con la menos gen-

»te que pudieren, para saber el estado de »los hechos de las Ciudades, y Villas, »y Lugares, y para punir, y castigar »los delincuentes, y malhechores, y »procurar como el Reyno viva en paz, »y sosiego.»

22 La *ley* 1. *del prop. tit. y lib.* (Ley 1. tit. 6. lib. 3. de la Nov. Recop.) dice: «Liberal se debe mostrar el Rey en »oir peticiones, y querellas á todos los »que á su Corte vinieren á pedir Justi»cia: porque el Rey segun la significa»cion del nombre, se dice Regente, ó »Regidor, y su propio oficio es hacer »juicio, y Justicia;::: porende orde»namos de Nos asentar á juicio en pú»blico dos dias en la semana con los de »nuestro Consejo, y con los Alcaldes de »nuestra Corte; y estos dias sean Lú»nes, y Viérnes.»

23 La *ley* 2. *siguiente* dice: (Ley 2. tit. 9. lib. 4. de la Nov. Recop.) «Porque »al nuestro Consejo vienen continua»mente negocios árduos, nuestra vo»luntad es, de saber como, y en que »manera se despachan, y que la Justi»cia se dé prestamente á quien la tuvie»re; y por esto Nos place de estar, y »entrar en el nuestro Consejo de la Jus»ticia el dia del Viérnes de cada sema»na: y mandamos que en aquellos dias »se lean, y se provean las quejas, y »peticiones de fuerzas, y de negocios »árduos.»

24 En nada se ha disminuido el celo de S. M. en atender y despachar los negocios árduos de justicia; pues ademas de continuar dispensando al Consejo el honor de sentarse en él el viérnes de cada semana á despachar los negocios que le proponen, y el Consejo le consulta; vela constantemente en el propio oficio de hacer justicia por su misma persona, hallando sus amados vasallos expeditas las vias de las secretarías de estado para oir las quejas y peticiones, que dirigen seguramente por ellas.

25 Y como no es posible llevar el peso de todos los negocios que ocurren en los vastos dominios de S. M., ha confiado los mas graves al Consejo, á las chancillerías y audiencias; siendo uno de los de mayor importancia alzar las fuerzas, que hacen los jueces eclesiásticos en conocer y proceder contra legos en causas profanas en perjuicio de la jurisdiccion real.

26 La *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 2. antes citada) dice en su principio que vienen al Consejo continuamente, negocios árduos, y refiere entre ellos «las peticiones de fuerzas.» Esta cláusula general comprende como una de las de primer órden la de conocer y proceder contra legos, y manifiesta haberla considerado como negocio árduo.

27 El *auto acordado* 71. *tit.* 4. *lib.* 2. *al n.* 13. supone hallarse prevenido que en las fuerzas de gravedad la sala de gobierno llame á la de mil y quinientas para la decision de ellas, y continúa con la disposicion siguiente: «Y »siéndolo regularmente las de conocer, »y proceder, y las de millones, mando »expresamente que en las fuerzas de co»nocer, y proceder, y las de millones »llame la sala de gobierno á la de mil »y quinientas.»

28 Las enunciadas leyes daban motivo por lo general de sus expresiones, á que se entendiese que podian venir al Consejo las referidas fuerzas de conocer y proceder de todos y cualesquiera pueblos de estos reinos sin restriccion de territorios; de lo cual se seguian necesariamente dos inconvenientes: uno que estos solos negocios ocupasen al Consejo el tiempo que necesitaba para el despacho de otros muchos tocantes al gobierno de estos reinos: otro que por la distancia y por la dilacion se acrecentasen los gastos de las partes; y para ocurrir á estos daños se declaró en la citada *ley* 62. *n.* 25. que las que hiciesen los jueces eclesiásticos ordinarios, que residen en la córte, se vean y determinen en la sala de gobierno del Consejo; y que las demas cosas, que se ofrecieren de este género en estos reinos, vayan á las chancillerías que tocaren.

29 Esta regla ó distribucion respectiva á las chancillerías, en que se incluyen tambien las audiencias, se limitó con respecto á ellas en las fuerzas de conocer y proceder, que cometen los jueces eclesiásticos de fuera de la córte contra algun alcalde de ésta, y se man-

dó que el Consejo conociese de estos recursos: *aut.* 15. *cap.* 25. *del prop. título* 4. *lib.* 2.

30 Aunque en el citado *cap.* 25. estimó el Consejo que no debian venir á él las fuerzas, que hiciesen los jueces eclesiásticos contra los comisionados del mismo Consejo, cuyas apelaciones estaban remitidas á él; se consultó posteriormente este punto, y resolvió S. M. que se trajesen al Consejo. Esta es la genuina inteligencia que debe darse al *auto* 25. *del prop. tit.* 4. *lib.* 2.; pues aunque propone el caso de que se den comisiones á jueces de esta córte, no puede entenderse limitada la declaracion á la fuerza que hagan los jueces eclesiásticos de dentro de ella, respecto hallarse este punto decidido por las leyes anteriores; y para dar lugar á la duda que se motivó y consultó, es preciso extender la resolucion á la fuerza que haga cualquiera juez eclesiástico, aunque sea de fuera de la córte, contra el comisionado del Consejo.

31 La razon de identidad entre dichos comisionados y los alcaldes de córte persuade la inteligencia explicada; pues así como las fuerzas cometidas contra los alcaldes de córte por jueces eclesiásticos de fuera de ella se reservaron al Consejo, del mismo modo se ha de ejecutar en las que se cometen contra aquellos.

32 Igual reserva se hizo en el citado *auto* 25. de las fuerzas que se ofrecieren de la universidad de la villa de Alcalá de Henares y vicario de ella.

33 El presidente é individuos de la asamblea de la órden de san Juan del Priorato de Castilla y Leon pretendieron que no se admitiese en el Consejo recurso de fuerza de las determinaciones de dicho tribunal; y aunque el caso que dió motivo á esta instancia fué de una fuerza de no otorgar, la pretension comprendió todo género de recursos de fuerza, y la resolucion de S. M. fue absoluta: «He »resuelto no condescender á la súplica »de la Religion de la Asamblea,» como se expresa en el *auto acordado* 107. *del prop. tit.* 4. *lib.* 2., y así se ha entendido y usado, viniendo al Consejo todos los recursos de fuerza que se introducen de dicho tribunal.

34 La sala de mil y quinientas quedó relevada de asistir con la de gobierno á las fuerzas de conocer y proceder, y á las de millones, por resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 24 de Marzo de 1756; y desde aquel tiempo asisten los ministros de las dos salas de gobierno á ver y determinar las enunciadas fuerzas, y se satisface al intento de que estos negocios de gravedad se vean y determinen por número competente de ministros; pues en el dia se han aumentado, y exceden á los que componian las dos salas de gobierno y de mil y quinientas en el año de 1745, que es la fecha del citado *auto* 108. *tit.* 4. *lib.* 2.

35 El señalamiento de la córte, y el de los jueces y causas que hacen las citadas leyes y autos acordados, para que de ellos vengan al Consejo los recursos de fuerza, remitiendo los demas á las chancillerías y audiencias donde toquen, no impide la autoridad del Consejo para que mande remitir á él los autos de cualesquiera otros jueces eclesiásticos del reino, en que se trate de la fuerza de conocer y proceder, como lo he visto, y asistido muchas veces á su determinacion; lo cual observa dicho tribunal por consideracion á la brevedad y menos gastos de las partes, y á otras circunstancias que juzga convenientes.

36 Esta práctica por sí sola supone justa causa y razon para continuarla sin entrar en su exámen: porque si los ejemplares repetidos de jueces inferiores, cuando no tienen ley contraria, producen una buena presuncion de justicia para seguirlos, los del Consejo llegan á tan alto grado que obligan en justicia á continuarlos, como lo explicó, con otros muchos que refiere, el señor Castillo, *lib.* 5. *Controvers. cap.* 89. *n.* 98., poniendo por excepcion á la regla, de que no se ha de juzgar por ejemplos, la siguiente: *Id tamen non procedit in sententiis supremi Consilii, et tribunalium superiorum, quæ semper venerandæ sunt, et reverenter imitandæ in decissione causarum similium.* Al mismo intento

hacen uso los autores de lo que estableció el emperador Justiniano en el §. 6. *Institut. de Satisdationib.* ibi: *Quæ omnia apertius, et perfectius à quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.*

37 En mayor demostracion de la justicia con que en tales casos vienen al Consejo, por via de fuerza en conocer y proceder, los autos de los jueces eclesiásticos de cualquiera obispado que sean, ofrecen las leyes reales poderosas pruebas.

38 La 21. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 6. lib. 4. de la Nov. Rec.) manda á los del Consejo, á fin que esten libres para entender en la justicia y gobernacion de estos reinos, que todos los pleitos que ante ellos esten pendientes sobre elecciones y otros que refiere, se remitan á las audiencias á donde perteneciere el conocimiento de ellos. La razon que da esta ley es, «porque esten libres para en»tender en la justicia, y gobernacion »de estos Reynos.» ¿Y qué negocios son mas propios del gobierno del reino que los de las fuerzas de conocer y proceder en perjuicio de la jurisdiccion real? ¿Cuántas turbaciones producen al Estado estas reñidas controversias entre los jueces eclesiásticos y reales, mayormente si aquellos usan de censuras como acostumbran? Pues en este concepto no puede desatender el Consejo la necesidad, que en muchos casos es urgentísima, de traer á él los autos del juez eclesiástico por via de fuerza.

39 La *ley* 22. *del prop. tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 1. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Rec.) confirma por regla general el pensamiento indicado, pues dice: «Porque »acaesce algunas veces, que vienen al »nuestro Consejo algunos negocios, y »causas civiles, y criminales, que bre»vemente, á menos costa de las partes, »y bien de los hechos se podrian ex»pedir, y despachar en el dicho nues»tro Consejo, sin hacer de ellas comi»sion: es nuestra merced, y ordenamos, »y mandamos, que los del nuestro Con»sejo tengan poder, y jurisdiccion, ca»da que entendieren que cumple á »nuestro servicio, y al bien de las »partes, para conoscer de los tales ne»gocios, y los ver, y librar, y determi»nar simplemente, y de plano, y sin »estrépito y figura de juicio, solamente »sabida la verdad.»

40 Esta disposicion llena al Consejo de amplísimas facultades para conocer y librar los negocios que entendiere que cumplen al servicio del rey y al bien de las partes; y en ningunos pueden caber circunstancias tan graves como en las fuerzas de conocer y proceder. Así lo entendió Salcedo *in Theat. honor. glos.* 23. *n.* 22. ibi: *Adhuc tamen hujus Consilii, vel Consiliariorum munus, seu dignitas non erat judicialis ordinaria suprema, sed auctoritativa ad consiliandum Regem,::::: vel ad cognoscendum de injuriis, ad tollendam vim sine strepitu, figuraque judicii, leg.* 25. *tit.* 3. *lib.* 2. *Ordinam. Sed hoc non ex antiquo jure communi Partitarum, aut Fori; sed novo catholicorum regum, ut ex inscriptione dictæ legis patet.*

41 Si el argumento por mayoría de razon es siempre poderoso, lo debe ser mas á favor de la confianza y autoridad del Consejo, atendida la que justamente le han concedido los señores reyes en negocios mas árduos tocantes á las fuerzas; señaladamente en los que miran á la proteccion del santo Concilio de Trento, de que habla la *ley* 81. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 10. tit. 10. lib. 2. de la Nov. Recop.), y en los correspondientes á la visitacion y correccion de religiosos y religiosas, de que trata la *ley* 40. *del propio tit. y libro*; pues de unos y otros estan inhibidas las chancillerías y audiencias, y encargado privativamente el Consejo.

42 La *ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2. §. 4. refiere entre las cosas que mas estrechamente encarga al Consejo, la de saber y tomar noticia de los casos y cosas en que se deroga y usurpa la jurisdiccion real; y en el §. 8. les encarga «que vean »todas las competencias, y diferencias, »que tuvieren qualesquier tribunales »de estos Reynos, que residen en Cor»te, ó fuera de ella, entre sí, y con las »Justicias ordinarias, en que Yo no »tengo dada órden, ó la diere en ade»lante.»

43 La *ley* 80. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 8. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) dice: «Que el remedio de la fuerza es el mas »importante, y necesario que puede »aver, para el bien, quietud, y buen »gobierno dellos, sin el qual toda la »República se turbaria, y se seguirian »grandes escándalos, é inconvenien»tes.» Por las enunciadas leyes se manifiesta la autoridad del Consejo para entender en todos los negocios de gravedad en que considere el mejor servicio del rey y el bien y conservacion de estos reinos; y se convence igualmente que el mandar remitir algunas causas y negocios á las chancillerías y audiencias, especialmente los de la fuerza en conocer y proceder, es con el fin de aliviar al Consejo en alguna parte de su cuidado; pero nunca se ha entendido, ni las leyes lo dicen, que lo inhiban de conocer de aquellas causas, en que hallase circunstancias que persuaden mayor conveniencia á beneficio de las partes y de la causa pública.

44 Cuando faltan estas causas, que son las mas veces, no admite el Consejo los recursos de fuerza, y los remite á las chancillerías ó audiencias á que corresponden; y en estos casos manda librar la provision ordinaria para que el juez eclesiástico remita sus autos á la chancillería ó audiencia, y absuelva á los excomulgados, si los hubiere; con lo cual excusa á la parte las dilaciones y gastos que haria si hubiese de acudir nuevamente á la chancillería á pedir la citada provision de fuerza, como lo hacen comunmente los que introducen este recurso, siguiendo las leyes que disponen y encargan su conocimiento á las respectivas chancillerías y audiencias en cuyo territorio se halle el juez que causó la fuerza.

45 Así está determinado en la *ley* 62. *n.* 25. *tit.* 4. *lib.* 2., en las 35. 38. 39. *y* 80. *tit.* 5. *lib.* 2., y en la 7. *tit.* 2. *libro* 3. *de la Recop.*; á las cuales se hallan arregladas las ordenanzas de las mismas chancillerías y audiencias; y con estos supuestos proceden nuestros autores, señaladamente el señor Covarrubias en el *cap.* 35. *de sus Prácticas*, *n.* 3. *vers.* 1.: Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 3.; y en la *Curia Philip. part.* 1. §. 5. *n.* 34.

46 La *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3. dice: «Que es una de las cosas que mucho »debe ser catada ante que la faga» el demandador, saber ante quien debe demandar, ó pedir sus derechos; y aunque por lo expuesto y fundado en este capítulo se satisface plenamente al deseo de los que han de introducir el recurso de fuerza de conocer y proceder, conviene instruirlos del camino que deben tomar, y de los medios y modos de que se han de valer para no equivocar sus pretensiones; las cuales deben exponer sencillamente en los términos que manifiesta el escrito siguiente:

M. P. S.

47 F. en nombre y en virtud del poder que en debida forma presento de don F., vecino y alcalde ordinario por su estado noble de la villa de Alcocer, me presento ante V. A. por el recurso de fuerza, ó el que mas haya lugar en derecho, en los autos y procedimientos del provisor vicario general eclesiástico de la ciudad y obispado de Cuenca, señaladamente de los que proveyó en 12 de Enero y 15 de Febrero próximos, por los cuales mandó, con apercibimiento de censuras, que mi parte que conocia del inventario de los bienes y herencia de don F., presbítero de la propia villa, de su destino y adjudicacion á los herederos instituidos en su testamento otorgado en 15 de Diciembre de 1782, y del cumplimiento de memorias pias que tambien señaló en el mismo, se inhibiese de conocer y continuar en dicha causa, y de mezclarse en la remocion de cincuenta mil reales, parte de dicha herencia que el mismo testador habia puesto por mayor seguridad en el convento de religiosas del órden de santa Clara de la misma villa. Y aunque mi parte no condescendió al intento del referido provisor, antes bien lo resistió en defensa de la real jurisdiccion que ejerce, exhortándole en forma para que desistiese de su in-

tento; se recela con fundado motivo que dicho provisor quiera llevar á efecto sus atentadas providencias, en todas las cuales hace y comete notoria fuerza y violencia; la cual alzando y quitando

Á V. A. suplico que habiendo por presentado el referido poder, y á mi parte en el recurso de fuerza, ó el que mas haya lugar en derecho, se sirva mandar librar vuestra real provision ordinaria para que el nominado provisor, y el notario ó escribano, en cuyo poder se hallen los autos que haya formado, los remita íntegros y originales al Consejo, con emplazamiento al fiscal eclesiástico y á las demas partes interesadas: alce las censuras, si las hubiese impuesto, por el término y en la forma ordinaria; y en vista de dichos autos y de los obrados por mi parte, que tambien presento, declarar que el referido provisor hace y comete notoria fuerza y violencia en conocer y proceder en perjuicio de la real jurisdiccion ordinaria; la cual alzando y quitando, se manden remitir originales al juzgado de dicho mi parte, á quien corresponde su conocimiento en primera instancia; por ser justicia que pido, juro lo necesario, &c.

48 *Auto.* Líbrese la ordinaria de fuerza para la remision de los autos originales al Consejo, con emplazamiento á las partes. Madrid 15 de Marzo de 1783.

49 La provision que se expide contiene las cláusulas siguientes: en la primera se manda al juez eclesiástico que siendo con ella requerido, envie dentro de quince dias ante los del Consejo por mano del secretario ó escribano de cámara, de quien va refrendada, el proceso y autos que haya hecho ó hiciere sobre la dicha causa, originalmente, para que por ellos visto, si pareciere que procede justamente, se le devuelvan; y si no se provea lo que convenga. Por la segunda cláusula se manda, pena de la nuestra merced, y de treinta mil maravedís para la nuestra cámara, al escribano ó notario por ante quien ha pasado, ó en cuyo poder está el proceso, que dentro de dicho término lo traiga, ó envie ante los de nuestro Consejo, segun para lo que dicho es.

50 La tercera cláusula se dirige al mismo juez eclesiástico, rogándole y encargándole que si algunas censuras ó excomuniones sobre el dicho negocio tuviere puestas y fulminadas, por término de ochenta dias primeros siguientes, las alce y quite, y absuelva á las personas que sobre la dicha causa tuviere excomulgadas, y concluye diciendo «que en ello nos servireis:» en la cuarta se manda emplazar á los interesados para que vengan ó envien ante los del Consejo «procurador con »poder suficiente á informar» en dichos autos de su derecho, con señalamiento de estrados en caso de no comparecer en el término señalado.

51 Bien consideradas estas diligencias preparatorias, hacen formar una idea bastante clara y exacta de todas las partes esenciales que incluye la decision del recurso; pues empezando por el poder que presenta la parte cuando reclama la fuerza manifiesta ser necesario, como lo es en toda instancia ó juicio que se intente á nombre de otro: *ley* 2. *tit.* 3. *lib.* 2. *del Fuero-juzgo*, *ibi*: «El Juez debe demandar pri»meramente aquel que se querella, si »es el pleyto suyo, ó ageno, é si dixe»re que es ageno, muestre como man»dó que se querellase aquel, cuyo es »el pleyto:» *ley* 10. *tit.* 5. *Part.* 3.: «Ningun ome non puede tomar poder »por sí mismo para ser personero de »otri, nin para facer demanda por él »en juicio sin otorgamiento de aquel »cuyo es el pleyto:» *leyes* 20. *y* 27. *del prop. tit. y Part.*: la 5. *tit.* 17. *lib.* 2.: la 55. *tit.* 1. *lib.* 3.: las 2. *y* 3. *tit.* 2. *libro* 4. *de la Recop.* (Ley 4. tit. 5. lib. 4. Ley 56. tit. 2. lib. 5., y leyes 2. y 3. título 3. lib. 11. de la Nov. Recop.); y la 24. *Cod. de Procuratorib.*

52 La razon de estas leyes consiste en que ninguno puede obligar á otro, ni sufrirse el juicio intentado por el que no tiene interes ni accion, exponiendo las sentencias á que sean ilusorias, y dando motivo á que se multipliquen los pleitos contra la intencion de las leyes que miran á pre-

caverlos: *ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: «E »así el trabajo que oviesen pasado, en »oyéndolas, tornárseles y á en escarnio, »é en vergüenza:» *ley* 3. *tit.* 2.; y la 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.*: *cap.* 5. *de dolo et contumac.* ibi: *Finem litibus cupientes imponi, ne partes ultra modum graventur laboribus, et expensis*: *cap.* 1. *de Appellationib. in Sext.* ibi: *Cordi nobis est lites minuere, et à laboribus relevare subjectos.* Nacthen *de Justitia in litibus vulnerat. tit.* 2. *capítulo* 1.

53 En este recurso de fuerza no es necesario presentar testimonio de las providencias del juez eclesiástico que causa el agravio; y esta es una singularidad que no tiene lugar en las apelaciones, ya se introduzcan de las sentencias de los jueces reales ó de los eclesiásticos: porque el superior no las admite sin el testimonio claro y expresivo de las providencias que motiven la apelacion, y de otras muchas partes que expresa la *ley* 10. *tit.* 18. *lib.* 4. Allí mismo se presenta y manifiesta la razon de diferencia, y consiste en que las apelaciones tienen diverso curso, y corresponden á tribunales diferentes en las causas civiles segun la cantidad y calidad de ellas, tienen limitado término para interponerlas, y compete al juez la autoridad de admitirlas en uno ó en dos efectos; y no constando al juez superior estas circunstancias por el testimonio, se experimentarian grandes inconvenientes, y sucederia lo propio en las causas criminales, como lo nota la misma ley.

54 Si la apelacion no estuviese expuesta á las contingencias indicadas, y tuviera su curso constante en todos tiempos, sin poder variar los tribunales que deben conocer de ellas, serian inoficiosos los testimonios que piden las leyes; y bastaria que las partes se presentasen en el tribunal superior competente con el clamor de estar agraviadas, y ofendida su justicia: porque en este punto no necesitan expresar el agravio, y menos probarlo, para que el juez superior admita la queja, y se acerque á examinarla por los medios que disponen las mismas leyes; pues la 2. *tit.* 23. *Part.* 3. *dice*: «Alzarse »puede todo ome libre de juicio, que »fué dado contra él, si se tuviere por »agraviado:» *leyes* 13. 14. 18. *y* 22. *del prop. tit. y Part.*; y las 1. *y* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 1. y 23. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Recop.)

55 Y como los recursos de fuerza pueden introducirse en todos tiempos, y no tienen variacion en el curso á los tribunales señalados por S. M., ni su admision depende en manera alguna del juez eclesiástico, ni seria justo que se sujetase á su jurisdiccion el que la reclamaba, exponiéndose á sufrir por mas tiempo su opresion, y que se dilatase el remedio; no hay motivo que haga necesario el testimonio del procedimiento del juez eclesiástico, bastando solo el clamor de la parte, para que el tribunal real se acerque á justificarlo y enmendarlo.

56 ¿Qué padre de familias seria tan indolente que avisándole alguno con sentimientos de humanidad que habia dentro de su casa quien intentaba irrogarle algun daño grave, exigiese ni esperase para acudir á repararlo otras pruebas ni justificaciones? No debiendo presumir que los clamores del daño naciesen de causa voluntaria, y sí de una verdad constante, esta bien fundada opinion le obligaria á prepararse para su defensa; pues aventuraba poco en anticiparla, y se exponia á perder mucho si la dilataba.

57 Los clamores del robo hacen una presuncion en que lo propone, de haber sido cierto, y obligan á lo menos á inquirir su verdad.

58 ¿Cómo pues podria oir el príncipe los sentimientos de sus vasallos que manifiestan su opresion, y se acogen al trono para que los redima de ella, sin aplicar el remedio inmediatamente á este daño? En tal caso se acercaria á inquirir el mal por los medios que mejor pudiesen asegurarle de su certeza, siguiendo la máxima que presenta el *cap.* 18. *vers.* 21. *del Genes.* en las siguientes palabras: *Descendam, et videbo utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint*; *an non est ita, ut sciam.*

59 La misma práctica observa el

Consejo en los recursos de injusticia notoria; pues con solo el poder de la parte que lo introduce, sin exigir de ella testimonio de las sentencias, se expide la provision ó cédula para que el tribunal remita copia de los autos con su informe: porque en estos recursos hay una especie de violencia que llama igualmente la atencion del rey. Á este fin pide los autos originales al juez eclesiástico, y al escribano ó notario por ante quien han pasado, ó en cuyo poder estén, que son las dos primeras cláusulas de la provision: en la tercera ruega y encarga al mismo juez eclesiástico que absuelva de las censuras á las personas que sobre la dicha causa tuviere excomulgadas, por el término de ochenta dias primeros siguientes.

60 Los autores notan la diferencia que presenta la provision entre el precepto positivo de que el juez eclesiástico remita los autos originales, y el ruego y encargo que se le dirige en la cláusula tercera, para que absuelva á los que tuviese excomulgados, por los ochenta dias primeros siguientes. Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 149. *y siguientes* resume los fundamentos que pueden persuadir la obligacion del eclesiástico á cumplir necesariamente con este ruego, absolviendo de las censuras; pero sin embargo se aparta de este dictámen, estimando que solo por urbanidad y atencion debe absolver á los excomulgados, dejándolo al arbitrio y potestad del juez eclesiástico, sin que en los tribunales reales considere autoridad suficiente para conminarlos y apremiarlos con la ocupacion de temporalidades y extrañamiento de estos reinos, á diferencia de cuando no absuelve á los excomulgados, despues de haberse declarado que hacian fuerza en no otorgarles las apelaciones.

61 El señor Covarrubias en el *capit.* 35. *de sus Prácticas n.* 3. trata del mismo ruego que se hace al eclesiástico en la provision ordinaria de fuerza, para que absuelva á los excomulgados por el tiempo que se considera suficiente para la revision y exámen del proceso, ibi: *Tunc sane statim ex sola simplici querela dantur litteræ regiæ, quibus præcipitur tabellioni sub certa pœna, quod intra breve tempus mittat ad curiam acta causæ, et processum, et rogatur judex ecclesiasticus, ut absolvat excommunicatum ad aliquot dies, qui sufficiant missioni, et examinationi processus. Quod si contumax judex sit, dantur secundæ litteræ, ac tandem tertiæ; et id agere cogitur pœnis quibusdam, quarum inferius mentionem agemus.*

62 La contrariedad de estos dos graves autores en este punto, que intentan confirmar por derecho, y por estilo y práctica de los tribunales superiores (pues uno y otro la refieren en su favor), obligaria á examinar con mas crítica sus respectivos fundamentos; pero como no debe esperarse que desatiendan el ruego y encargo que se les hace á nombre de S. M., podria muy bien omitirse la discusion de este artículo, siguiendo el ejemplo del señor Covarrubias en caso semejante.

63 Propone dicho autor en el citado *cap.* 35. *n.* 4. *vers. Sic etiam*, que las letras apostólicas se presentan antes de su ejecucion en los reales tribunales superiores, para el fin de examinar si causan perjuicio público; y habiéndolo se suplica á su Santidad en la forma que indica, y observan dichos tribunales; y suponiendo que no debe esperarse que instruido plenamente el sumo Pontífice del daño público que produciria la ejecucion de sus letras, las mandase sin embargo llevar á efecto, considera inútil tratar de este caso y de su remedio; ibi *n.* 6.: *Nec enim nobis opportunum est rem istam latius in disputationem, et examen adducere; quippe quibus maxima subsit spes summum Christi vicarium, ecclesiæ catholicæ caput, et rectorem, iis de rebus certiorem factum, ea adhibiturum remedia, quæ sint saluti utriusque reipublicæ spiritualis, et temporalis præsentissima.*

64 Lo que omitió en este lugar el señor Covarrubias, lo indicó con bastante claridad en el *cap.* 36. *siguiente n.* 3., en el cual trata de las derogaciones del derecho de patronato laical, que algunas veces hacen los sumos

pontífices; y considerando el grave perjuicio público que causaria su ejecucion, resuelve que no debe permitirse, ibi: *Apud Hispanos minime derogationes istæ admittuntur, nec admitti consuevere: imo suprema regis tribunalia, et qui regio nomine illic justitiæ ministerio præsunt, statim apostolicas litteras examinantes propter publicam utilitatem, earum executionem suspendunt, earumdem usum gravissimis pœnis, et comminationibus interdicentes.*

65 Menchaca *lib.* 1. *Controv. capit.* 41. *n.* 26. entra mas abiertamente á examinar el caso, de que instruido el sumo Pontífice del daño público de sus primeras letras, repitiese las segundas ó terceras, y propone su dictámen en los términos siguientes: *Quid autem si summus Pontifex, etiam postquam ad eum rescriptum esset, rem illam non correxisset, et bullas duplicasset? Certe etsi millies duplicasset, idem adhuc dicerem; quia semper id ab ejus mente alienum intelligerem, et officialium machinatione perpetratum; vel eo quod etsi ipse nullum habeat superiorem, sed sit omnibus eminentior, inque vim jurisdictionis nullus possit factum ejus corrigere; tamen in vim naturalis defensionis nullus est, qui non possit, quinimo etiam debeat, et teneatur resistere vim inferenti aut injuriam, et auxiliari patienti vim aut injuriam: gradatim tamen, nam primum hæc cura pertinet ad magistratus.*

66 Salgado *de Retention. part.* 1. *cap.* 3. *§. único desde el n.* 9. *al* 16. refiere otros muchos autores que siguen la opinion de Menchaca, y no se desvia mucho de ella el señor Salgado sin embargo de la distincion con que procede desde el *n.* 18.

67 Y si no obstante la seguridad ó bien fundada esperanza, que conciben los referidos autores, de que bien informado el sumo Pontífice recogeria las bulas que trajesen perjuicio público, proceden á examinar la resolucion que debe tomarse para detener las segundas ó terceras que repitiese con igual perjuicio; parece tambien necesario reflexionar muy de intento los fundamentos que expone el señor Salgado en la citada *part.* 1. *de Reg. capit.* 2. *num.* 149. *y siguientes*; pues su opinion debilita la suprema autoridad del rey y de sus tribunales, en quienes no reconoce la suficiente para obligar y apremiar al juez eclesiástico, por los medios temporales de ocupacion de sus bienes y extrañamiento del reino, á que cumpla la real provision en la parte que le ruega y encarga que absuelva á los escomulgados por los ochenta dias primeros siguientes.

68 Yo sigo en este punto la opinion del señor Covarrubias *en el citado cap.* 35. *de sus Prácticas n.* 3., *y en el vers. Adversus vero Clericos*, en donde señala las penas que dejaba indicadas contra los eclesiásticos, reducidas á ocupar sus bienes temporales, y á extrañarlos de estos reinos; pues aunque no expone la razon en que se funda, sin duda por haber considerado que no la habia en la autoridad del tribunal real ni en el uso del apremio, yo hallo gravísimos fundamentos, que en mi dictámen convencen de falsa la opinion del señor Salgado.

69 La primera razon es que la excomunion solo puede justificarse por la contumacia y rebeldía del que se obstina en no cumplir el precepto del juez eclesiástico competente, como lo advierte el santo Concilio de Trento en el *cap.* 3. *ses.* 25. *de Reformat.* en las siguientes palabras: *Sitque ergo judicem contumacia, tunc eos etiam anathematis mucrone, arbitrio suo, præter alias pœnas ferire poterit.* ¿Pero cómo podrá tener lugar la contumacia de no obedecer la sentencia del eclesiástico en aquel que apela de ella, y reclama el real auxilio de la fuerza, (por no serle admitida la apelacion) que es otro medio mas poderoso y privilegiado para su natural defensa? El que usa de uno y otro medio no da muestras de resistir por su propia autoridad el mandamiento del juez, que es en lo que consiste la verdadera contumacia.

70 Aunque el juez eclesiástico no haya admitido la apelacion en ambos efectos, si la considera legítima el tribunal real á donde ha recurrido el in-

teresado, manda al eclesiástico que la otorgue, y reponga lo obrado; y constándole ya de este recurso con la intimacion de la provision ordinaria, se expone el eclesiástico, si deja correr las censuras, á que sean nulas y atentadas por defecto de jurisdiccion, y á que padezca el interesado esta grave opresion con escándalo público, lo cual no es compatible con el espíritu de la Iglesia, que todo es dulzura, y solo usa del rigor de la excomunion en los casos que por ningun otro medio puede hacerse obedecer.

71 Si el tribunal real, que ha de conocer de la fuerza, luego que el eclesiástico remita los autos originales, declara que no la ha hecho en no otorgar la apelacion, queda expedito el juez eclesiástico para proceder al cumplimiento de su sentencia, ya sea en uso de la autoridad propia, ó ya implorando el auxilio del brazo real [9]; y teniendo á la mano estos medios para la ejecucion real y personal, que son los primeros de que debe usar, conforme á lo que dispone el mismo santo Concilio de Trento en el citado *cap.* 3. *ses.* 25., su inversion en anticipar las censuras, y en mantenerlas con tenacidad y sin efecto permanente sin embargo de la insinuacion y ruego que le hace el tribunal real, presenta una idea contraria á la disciplina de la Iglesia, tan recomendada en el mismo santo Concilio de Trento, de cuya proteccion está encargado S. M.

72 Si todos los vasallos tienen obligacion de contribuir al mejor servicio del rey, aun es mas estrecha la de los eclesiásticos, porque forman una porcion muy distinguida de la república; y previniéndose en la misma provision ordinaria que en absolver á los excomulgados por los ochenta dias primeros siguientes, servirá á S. M., como se contiene en estas palabras, «y en ello me servireis;» el desprecio de esta advertencia da justo motivo para hacer con el eclesiástico la demostracion conveniente en la ocupacion de temporalidades y extrañamiento del reino, que son los medios que estan bajo la potestad real; viniendo por todo á convencerse que aunque no pueda compeler derechamente al eclesiástico á que absuelva á los excomulgados por el limitado tiempo de los ochenta dias, lo podrá hacer indirectamente.

73 El mismo efecto que tiene el ruego de absolver á los excomulgados, cuando se motiva la fuerza en no otorgar las apelaciones, se verifica con mayor razon en las de conocer y proceder: porque en estas causas se duda desde sus principios de la jurisdiccion del eclesiástico, sin la cual no tiene lugar el uso de censuras por ser una parte de su jurisdiccion, segun se determinó y observó por la Iglesia, señaladamente desde el siglo XII, introduciendo esta nueva disciplina; pues aunque en su orígen estuvo unida la potestad de excomulgar á la del fuero interno penitencial, se dividió despues, y encargó á los ministros de la Iglesia que ejercen jurisdiccion exterior contenciosa en las causas, tocantes en cualquiera manera al fuero eclesiástico: D. Thom. *in Quarto sententiar. distinct.* 18. *q.* 2. *art.* 2. *solut.* 1. *vers.* 1. ibi: *Ideo excommunicatio ad forum exterius pertinet; et illi soli possunt excommunicare, qui habent jurisdictionem in foro judiciali*: Van-Spen. *in tract. de Censuris cap.* 2. §§. 2. *et* 4.: *cap.* 59. *ext. de Sentent. excommun.*

74 Este término de ochenta dias no es tasativo sino demostrativo, en el concepto de que son suficientes para que dentro de ellos se vean los autos, y se declare si contienen ó no violencia, como lo indica el señor Covarrubias en el citado *cap.* 35. *de sus Prácticas, n.* 3.; pues no determina el tiempo por el que deben ser absueltos, sino indefinidamente por el suficiente á que remita el proceso, y se examine, ibi: *Rogatur judex ecclesiasticus, ut absolvat excommunicatum ad aliquot dies, qui sufficiant missioni, et examinationi precessus*; y el señor Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 149. señala para el mismo fin el término de sesenta dias, ibi: *Data provisione ordinaria, qua judex ecclesiasticus rogatur ut per terminum sexaginta dierum absolvat excommunicatum appellantem,*

*interim dum processus trahitur, et inspicitur in Senatu super articulo violentiæ, et extrajudicialis defensionis, et protectionis.*

75 En la cuarta cláusula de la provision ordinaria se da noticia del recurso á los interesados, para que envien procurador con poder suficiente á informar en dichos autos de su derecho.

76 En las provisiones que se libran en los pleitos de justicia, que vienen al Consejo ó chancillerías, se dice que envien procurador con poder suficiente, en lo cual convienen con las de fuerza; pero se diferencian en el fin, pues en aquellas se dice que vengan á decir y alegar en la causa de su derecho y justicia, manifestándose que en las de fuerza solo pueden informar las partes, por lo que resulta de los mismos autos del proceso, para la mejor instruccion de los jueces, reduciéndose este acto á unos términos extrajudiciales; y el Consejo observa este punto tan exactamente, que he visto muchas veces negar la entrega de los autos que pedian las partes, para que su abogado se instruyese de ellos á efecto de informar á la vista, y solo se les permitia que los reconociesen en la escribanía de cámara; pero despues se acordó que se les entregasen para el fin referido, como se hace á los señores fiscales en las fuerzas de conocer y proceder; y si alguna vez se ha omitido esta diligencia, se suspende la vista, aunque esté señalada, y se les mandan pasar, como lo tiene acordado el Consejo por regla general, por el interes y accion principal que tienen los señores fiscales en defender la jurisdiccion real.

77 Vistos los autos se provee el del tenor siguiente: En la villa de Madrid á 17 dias del mes de Julio de 1783 años, los señores del Consejo de S. M. habiendo visto los autos traidos á él por recurso de fuerza, introducido por los alcaldes ordinarios de la villa de Alcocer, de los procedimientos del provisor vicario general del obispado de Cuenca en la causa, sobre á quién corresponde conocer de la aplicacion y destino de cincuenta y tres mil y mas reales, que quedaron por fallecimiento de Don Francisco García, cura párroco que fué de aquella villa, dijeron: «Que »debian de declarar, y declararon que »el provisor y vicario general eclesiás»tico hace fuerza en conócer y pro»ceder en perjuicio de la jurisdiccion »real. Remítanse los autos á los Alcal»des de Alcocer: así lo mandaron y »rubricaron.»

78 Este auto conviene en su fórmula con el que dan las chancillerías y audiencias, á excepcion de que en estos se añade la expresion «por nu»los y al seglar;» pero como esta misma nulidad se embebe necesariamente en el auto del Consejo, viene á ser la diferencia accidental, y podia omitirse sin que hiciese falta para los efectos de la fuerza.

79 Cuando el Consejo declara que no hace fuerza el juez eclesiástico, se le mandan devolver los autos, concibiendo el que proveen del mismo modo que el antecedente; y estos autos de fuerza se ejecutan inmediatamente, sin que se admitan reclamaciones, recursos ni súplicas.

80 De esta práctica y de las razones, en que se funda, han tomado ocasion algunos para tratar y examinar dos artículos: uno si el conocimiento que toma el Consejo y las chancillerías es judicial y en uso de jurisdiccion contenciosa; y otro si los enunciados autos de fuerza excluyen por su naturaleza, y por el fin á que se dirigen, la súplica. De estos dos artículos trataré en los capítulos siguientes.

## CAPÍTULO VIII.

### *De las fuerzas en no otorgar las apelaciones legítimas.*

1 Es la apelacion en las procelosas borrascas del juicio áncora sagrada que detiene los peligros: es tabla que lleva al miserable y oprimido al deseado puerto de la justicia: es como el sol que destierra las tinieblas; y es el presidio mas seguro de la inocencia. *Proemio tit.* 23. *Par-*

te 3.: Div. Bernard. *lib.* 3. *de Considerat. ad Eugen. cap.* 2. ibi: *Fateor grande, et generale mundo bonum esse appellationes, idque tam necessarium, quam solem ipsum mortalibus. Revera quidem sol justitiæ est, prodens, ac redarguens opera tenebrarum.*

2 Con la apelacion se corrige la iniquidad, y el error de los jueces: *ley* 1. *ff. de Appellation. et relat. Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat: ley* 1. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: «E tiene »pro el alzada, cuando es fecha dere»chamente; porque por ella se desatan »los agraviamientos, que los Jueces fa»cen á las partes torticeramente, ó por »non lo entender:» *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*: Acev. *in leg.* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *n.* 41.: Bobadilla *lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 184.: Torreblanc. *de Jur. spirit. lib.* 15. *cap.* 8. *à n.* 1.: Scac. *de Appellationib. q.* 3. *art.* 1. *n.* 1. *cum communi.*

3 Al mismo tiempo se enmienda con la apelacion la culpa ó ignorancia de los que litigan, supliendo en el progreso del juicio las pruebas y defensas que no hicieron en las anteriores instancias: *leg.* 6 §. 1. *Cod. de Appellationib. Si quid autem in agendo negotio:::: omissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur: leg.* 4. *Cod. de Temporib. et reparationib. appellat. cum glos. ibid. à n.* 22.: *ley* 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*: Acevedo *in leg.* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *num.* 45.: Scac. *de Appellationib. q.* 3. *art.* 1. *num.* 1.: *Fuit etiam introducta (loquitur de appellatione), ut defectus probationis, interveniens in principali lite, possit suppleri, et restaurari in appellatione.*

4 ¿Qué estímulo no daria á la malicia de los jueces la seguridad de no poder ser descubierta, ni corregida por otros? ¿Y qué sentimiento seria igual para el hombre al de mirar sofocada su justicia por la iniquidad ó ignorancia de un juez, en cuya mano habia depositado todos sus derechos, obligado de la ley, y asegurado de la justificacion que por ella y por su oficio prometen los reyes á sus vasallos, y los sumos pontífices á todos los católicos, si no se templase este golpe con el nuevo juicio de otros superiores?

5 Este conocimiento hizo necesario el uso de las apelaciones, admitidas y recomendadas por todas las naciones como parte de su natural defensa. El juez, que las desprecia, hace notoria injuria á la ley y al supremo autor de ella: ofende al juez superior á quien se acoge el oprimido; y ratifica en éste la violencia, que por la injusticia contiene su sentencia: ofende á la ley, porque resiste su mandamiento, y falta á la obediencia que debe al superior, negando la apelacion que la misma ley concede: hace injuria al juez á quien se recurre, porque le quita la jurisdiccion que tiene para conocer y determinar la causa; y califica por último la violencia de la parte, privándola de su defensa, y sujetándola á que padezca los agravios de sus determinaciones.

6 En fuerza de estos principios, que reconocen todos en el uso de las apelaciones, confiesan con igual uniforme acuerdo la violencia de su denegacion, ejecutando sus injustas sentencias los jueces inferiores.

7 El jurisconsulto Ulpiano en la *ley* 7. *ff. ad Leg. Juliam de vi publ.* explica la violencia de los jueces, y la considera como pública y comprendida en la disposicion de la ley Julia y su pena, cuando proceden contra los que litigan sin embargo de la apelacion ó provocacion interpuesta, ibi: *Lege Julia de vi publica tenetur, qui cum imperium, potestatemve haberet, civem Romanum adversus provocationem necaverit, verberaverit, jusseritve quid fieri, aut quid in collum injecerit, ut torqueatur.*

8 La *ley* 4. *tit.* 10. *Part.* 7. dice al propio intento lo siguiente: «Siéntense por agraviados á las vegadas los »omes de los juicios de los Judgadores, »é piden alzada para delante del Rey: »é tales Jueces y ha, que con gran so»bervia, ó malicia que hay en ellos, ó »por ser muy desentendidos, que les »non quieren dar alzada, ante los des»honran, diciéndoles mal, ó prendién»

»dolos. E porende decimos, que cual»quier Judgador que sobre tal razon »como esta firiese, ó prendiese, ó ma»tase, ó deshonrase algun ome, que »debe haber porende otra tal pena, »como si ficiese fuerza con armas. Por»que muy fuertes armas han para fa»cer mal aquellos que tienen voz del »rey, cuando quisieren usar mal del »lugar que tienen.»

9 Gregorio Lopez en la glosa última sobre la palabra «deshonrase,» entiende que esta injuria ha de ser de hecho, y lo manifiestan así los casos que se refieren en la misma ley.

10 Las dos leyes citadas dieron motivo, para que algunos entendiesen que la violencia de los jueces no consistia en denegar la apelacion legítima, sino en ejecutar su sentencia.

11 De esta opinion y de sus fundamentos trató de intento el señor Don Francisco Salgado *en la part.* 1. *cap.* 7. *de Reg.*, convenciéndola de falsa con tan sólidos principios, que hacen evidente la conclusion que establece, de estar suficientemente calificada la fuerza de los jueces para recurrir al príncipe, solamente con denegar la apelacion legítima, sin esperar á que ejecuten sus sentencias.

12 Hace este autor supuesto, y es constante que la fuerza no se perfecciona, ni consuma en todo con la sola denegacion de la apelacion, pues su término es la ejecucion de las sentencias que la admiten; pero tambien advierte, y es igualmente notorio que el desprecio de la apelacion legítima es parte y principio de la misma violencia, que se consuma con la ejecucion de la sentencia.

13 ¿Pues qué otro objeto puede llevar el juez, que injustamente niega la apelacion, y retiene su poder y jurisdiccion, que el de continuar sus procedimientos, concluyendo la ejecucion de sus sentencias? Sin llegar á este punto está bien descubierta su intencion; y segun los principios que expuse, y he repetido para justificar y poner en movimiento las facultades nativas de la defensa natural, trasladadas en el príncipe por mas seguro asilo de la inocencia; es justa y mas oportuna la que se ejercita para impedir las injurias y violencias preparadas, sin esperar á que sucedan.

14 Esta sola consideracion que confiesan todos los autores por un principio sólido de la defensa natural, en cuyo lugar se substituye el recurso de fuerza, asegura tener lugar luego que se desprecian las apelaciones legítimas, sin esperar otro algun procedimiento [10].

15 La *ley* 36. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.), que es la capital de esta materia, hace evidente demostracion en su contexto de la verdad que se propone, pues dice: «Por quanto así por »derecho, como por costumbre inme»morial, nos pertenece alzar las fuer»zas, que los Jueces Eclesiásticos, y »otras personas hacen en las causas »que conocen, no otorgando las ape»laciones, que dellos legítimamente son »interpuestas; porende mandamos á »nuestros Presidentes, y Oidores de »las nuestras Audiencias de Valladolid, »y Granada, que quando alguno vi»niere ante ellos, quejándose que no »se le otorga la apelacion, que justa»mente interpone de algun Juez Ecle»siástico, den nuestras cartas en la »forma acostumbrada en nuestro Con»sejo, para que se otorgue la apela»cion; y si el Juez Eclesiástico no la »otorgare, manden traer á las dichas »nuestras Audiencias el proceso Ecle»siástico originalmente; el qual traido, »sin dilacion lo vean: y si por él les »constare que la apelacion está legíti»mamente interpuesta, alzando la fuer»za, provean que el tal Juez la otor»gue, porque las partes puedan seguir »su justicia ante quien, y como devan; »y reponga lo que despues de ella »uviere hecho.»

16 Toda la queja, que la ley estima por suficiente para justificar el recurso de fuerza, consiste en no haberse otorgado la apelacion que justamente interpuso; *ibi*: «Quejándose que no »se le otorga la apelacion, que justa»mente interpone de algun Juez Ecle»siastico.»

17 Continúa la misma ley sin intermision en su contexto, y hablando

con los presidentes y oidores, les manda que «den nuestras cartas en la forma acostumbrada en nuestro Consejo, »para que se otorgue la apelacion.» Aquí se nota reducido el mandamiento del Consejo á que otorgue la apelacion el juez eclesiástico, prueba evidente de haberse motivado la providencia sobre la sencilla querella de no haberse otorgado.

18 Este concepto se explica y repite en la ley misma; pues traido el proceso originalmente, encarga y manda á los ministros que «si por él les »constare que la apelacion está legíti»mamente interpuesta, alzando la fuer»za, provean que el tal juez la otor»gue, porque las partes puedan seguir »su justicia ante quien, y como de»van; y reponga lo que despues de ella »uviere hecho.»

19 En esta última parte incluye la reposicion de lo ejecutado despues de la apelacion: porque era justo y correspondia que la providencia reparase del todo el agravio del juez, si lo hubiese extendido á mas que á despreciar la apelacion; pero no da lugar este exceso al procedimiento del Consejo, pues se motiva principalmente en dejar libre la apelacion, como medio de su defensa, al que la interpuso legítimamente.

20 La *ley* 37. *del mismo tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 37. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) para atajar los perjuicios, que padecian las partes y el público, en que viniesen á las audiencias, como venian, muchos pleitos de jueces eclesiásticos, porque no otorgaban las apelaciones de autos interlocutorios, ordena y manda que no se den cartas para ello, salvo si los autos interlocutorios tengan fuerza de difinitiva, y que en ella no se puedan reparar.

21 Dos cosas muy dignas presenta á la consideracion esta ley: una el uso repetido de los recursos de fuerza, por no otorgarse las apelaciones de autos interlocutorios; y otra que la novedad, que hace la ley reformando esta especie de fuerzas, consiste y se motiva únicamente en la calidad de los autos, dejando los recursos libres en los difinitivos, ó en los que tengan fuerza de tales, con solo el hecho de no admitir los jueces eclesiásticos las apelaciones.

22 La *ley* 7. *tit.* 2. *lib.* 3. (Ley 6. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) señala el territorio y jurisdiccion, en que el regente y jueces de la audiencia de Sevilla han de conocer de las fuerzas que en él hicieren los eclesiásticos, así en no otorgar apelaciones legítimas como en proceder contra legos en causas profanas. En uno y otro caso pone la ley todas las partes que justifican la fuerza, y llenan el objeto del recurso, sin hacer mérito en el primero de otro procedimiento del eclesiástico, que del de no otorgar las apelaciones legítimas [11].

23 En las determinaciones de los jueces eclesiásticos, que por ser negativas no admiten progreso ni ejecucion, tiene lugar la fuerza de no otorgar las apelaciones que de ellas se interponen; y esta es otra evidencia de la conclusion antecedente: Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 33.: Covarrubias *Practic. cap.* 10. *n.* 1. *vers. Eadem ratione*: Bobadilla, *lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 129. *ibi*: «Y si no quisiere el Eclesiástico »impartir en el dicho caso su auxilio, »ocúrrase al Metropolitano sobre el re»medio, ó por via de fuerza al Conse»jo:» Acevedo *in leg.* 15. *tit.* 1. *lib.* 4.

24 Las dos leyes citadas que se propusieron como fundamento de la opinion contraria, no la prueban en manera alguna; pues solo justifican en su contesto que, procediendo los jueces á ejecutar sus sentencias contra los que apelan de ellas legítimamente, hacen notorio agravio y violencia pública, lo cual no se niega; pero no excluyen otros casos en que sin llegar á la ejecucion de la sentencia, y con solo el hecho de no admitir las apelaciones legítimas cometan agravios y fuerza; aunque no sea tan punible como la que se hace en la ejecucion atentada de las sentencias.

25 Las enunciadas leyes por sus literales expresiones y por los títulos en que se colocan, manifiestan que todo su fin es señalar y declarar los casos y términos en que incurren los

jueces en la grave pena impuesta á los que, valiéndose de las armas de su autoridad, ofenden con violencia á los súbditos del príncipe; y para considerarlos reos, estiman necesarios sus procedimientos ejecutivos y atentados en la persona ó bienes de los que justamente habian provocado, y apelado al superior.

26 En la denegacion de la apelacion hay positivo agravio que corrigen las leyes. La *ley* 13. *tit.* 18. *lib.* 4. *Rec.* (Ley 24. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) dice: «Todo Juez que denegare apelacion, y no la quisiere otorgar aviendo lugar, caya en pena de treinta mil maravedis para nuestra Cámara, salvo en los pleytos, que son sobre nuestras rentas:» *leg.* 21. *Cod. de Appellationib.*: Acevedo *in dicta leg.* 13.: Scac. *de Appellationib. q.* 13. *art.* 13. *n.* 100., *ubi agit de pœna denegationis appellationis*, *et n.* 103. ibi: *Declara secundo, ut prædictæ pœnæ habeant locum, quando judex non solum denegat appellationem, sed etiam procedit ad ulteriora in executione; secus est, quando non procedit ad ulteriora, quia isto casu imponerentur pœnæ mitiores; et ratio est, quia qui procedit ulterius, lædit gravius partem*: Lancelot. *de Attentat. p.* 3. *cap.* 31. *n.* 264.; pero la denegacion es suficiente para justificar el recurso al príncipe, cuyo objeto es alzar la fuerza y poner en libertad al que pide el real auxilio para que siga su justicia en defensa de sus derechos.

27 El supremo poder que ejercitan los reyes en alzar las fuerzas que hacen los eclesiásticos, así en conocer como en no otorgar, es uno mismo en su orígen, progresos y fines: en su orígen, porque nace de la misma fuente del derecho natural y divino, que les dispensa todas las facultades necesarias para defender y mantener en su nativa libertad á los que la pusieron en su real mano. Este es el concepto que explica la citada *ley* 36. *tit.* 5. *libro* 2. (Ley 2. tit. 2. lib 2. de la Nov. Recop.), en la causa y títulos en que funda la potestad de alzar las fuerzas, cuando dice: «Por quanto así por derecho como por costumbre inmemorial, nos pertenece alzar las fuerzas;» pues en esta expresion general «por derecho,» se incluyen el natural, el divino y el positivo; cuya inteligencia cuando no estuviera tan descubierta en la ley, nos la presentan todos los autores que la han examinado y declarado: Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 3. *n.* 79. *cum pluribus ibi relatis*: Salcedo *de Leg. Polit. lib.* 1. *capítulo* 14. *n.* 16.: Henriquez *de Pontific. clav. lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 4.

28 Que es uno mismo el poder en sus progresos está igualmente afianzado por el uso universal, el cual ha formado una invariable costumbre que excede toda la memoria de los tiempos, calificando con ella aquel dictámen y primer movimiento de la naturaleza, y el impulso superior divino, que inclinan al uniforme general acuerdo de mantener á los hombres su libertad en el uso y defensa de sus derechos: Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 3. *n.* 120.: Antunez *de Donationib. Reg. cap.* 33. *n.* 3. *et* 21. ibi: *Ideo consuetudo, secundum quam princeps tuitivam concedit, interpretativa est illius juris naturalis, ex quo princeps subditos oppressos defendere teneatur*: Salcedo *de Leg. Polit. lib.* 1. *cap.* 7. §. 1. *n.* 98. con otros autores.

29 Convienen los dos enunciados recursos en los medios establecidos y acordados por las leyes para justificar y enmendar las violencias por la série y hechos de los mismos autos originales que han formado los eclesiásticos, á cuyo fin vienen al Consejo y á las reales audiencias.

30 Estos supremos tribunales en cumplimiento de las leyes guardan toda la razon de honor, decoro y respeto debidos á la jurisdiccion de la Iglesia, y á los ministros que la ejercen. ¿Qué mas pueden desear los jueces eclesiásticos de los reyes y de sus tribunales supremos que el que para justificar las quejas de los súbditos de aquellos en agravio de sus procedimientos busquen en su boca toda la prueba de la verdad, sin admitir otra alguna que no hayan autorizado ellos mismos?

31 Esto es en sustancia lo que se

hace, reconociendo en los autos originales que han formado los mismos jueces eclesiásticos, si la queja se justifica, y resulta con demostracion de su propio contesto, sin que se permitan argumentos ni deducciones; pues en cualquiera duda se mantiene al eclesiástico el uso de su jurisdiccion, y se declara no haber lugar al recurso de fuerza: Pereyra *de Man. Reg. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 2., *et cap.* 7. *n.* 2. ibi: *Quia ad licitum usum defensionis, in materia ecclesiastica, requiritur actualis violentia, quæ sit clara, et manifesta*;::::: *ideo oportet ut sit violentia patens, et clara*: Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 102. *et* 207. Es uno tambien el fin del interes y tranquilidad pública, en mantener en justicia los vasallos, y no dar lugar á las turbaciones y perjudiciales consecuencias que se fomentan con las opresiones y violencias.

32 La legitimidad de la apelacion, á que no defirió el juez eclesiástico, es un supuesto ó preliminar necesario de que debe instruirse y asegurarse el tribunal real para alzar las fuerzas; y como el exámen y conocimiento de aquel antecedente pide grande estudio y combinacion de cánones y leyes, viene á recaer todo este discernimiento sobre la justicia de la apelacion; y parece que por este medio entra la mano el tribunal real en la causa principal, de la cual es parte el auto en que el juez eclesiástico negó la apelacion.

33 Este reparo llamó justamente la consideracion del señor Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 5. *desde el n.* 211., *y en el cap.* 2. *de la misma part. n.* 182., en cuya satisfaccion dice que el conocimiento del tribunal real se limita á instruirse de un hecho que consiste en no haber admitido el juez eclesiástico la apelacion; sin que trascienda á decidir ni determinar su justicia, ni causar perjuicio al derecho de las partes.

34 Este pensamiento que tanto celebra Salgado, fundándolo en la doctrina de los dos autores que refiere, me parece muy oscuro, y que deja intacta la dificultad propuesta. Por tanto parece necesario darle á lo menos mayor claridad, como se la dió en mi sentir Pereyra *de Man. Reg. cap.* 4. *n.* 8. ibi: *Quare cum judex, etiam si servet juris ordinem, potest cum manifesto errore, vel iniquitate procedere, vel cum jurisdictionis patenti defectu, ejus excessus non aliter cerni potest, quam ipsis actis inspectis ab eo, qui illius excessus corrigere potest; in qua cognitione, licet aliquod jus involvatur, quia articulus violentiæ sine juris discussione intelligi nequit, adhuc illa cognitio dicitur facti, licet admixtum habeat jus: quia eo casu, juris discussio non principaliter intervenit, sed secundario: quia quamvis apud doctos illa quæstio dubio careat, tamen apud minus doctos oportet ut inspecto jure decidatur, librique et doctores consulantur.*

35 Toda la doctrina de estos dos autores, y de los demas que los precedieron, viene á reducirse sustancialmente á decir que el tribunal real mira como único y privativo objeto de su determinacion un hecho temporal, cual es el impedimento que pone el juez, no admitiendo la apelacion, á la natural defensa de la parte que la interpone; y aunque los medios de que se vale el tribunal regio para instruirse de la verdadera existencia del impedimento que quiere remover, sean árduos, y de dificultades complicadas en los hechos y en los derechos, reciben la misma calidad y naturaleza que contiene el fin á que los dirigen, mirándolos como una incidencia pasagera, que no se comprende en la decision ni el conocimiento.

36 En confirmacion de esta inteligencia viene oportunamente la *ley* 5. *ff. de Re judicat.* ibi: *Ait Prætor, cujus de ea re jurisdictio est, melius scripsisset, cujus de ea re notio est: etenim notionis nomen etiam ad eos pertineret, qui jurisdictionem non habent sed habent de quavis alia causa notionem.*

37 He visto algunas veces en el Consejo disputar seriamente de la legitimidad de los que litigan, especialmente en los pleitos de tenuta: á unos ponen por excepcion para excluirlos de la sucesion que pretenden, que no consta en bastante forma del matri-

monio de sus padres ó ascendientes: en otros, aunque se justifiquen los matrimonios, resulta haber nacido antes de personas que se hallaban con la nota de parentesco en grado prohibido, y no podian legitimarse por el matrimonio subsiguiente, aunque se hubiese celebrado con dispensacion *in radice*. En estos casos y otros semejantes se excitó el artículo prévio sobre el tribunal que debia conocer de la existencia, valor y legitimidad del matrimonio, y de la que trascendia por sus efectos á sus hijos y descendientes: unos pretendian ser privativo este conocimiento de la jurisdiccion y fuero de la Iglesia: otros insistian en que se declarase corresponder al Consejo con respecto á regular la decision de la causa principal de la tenuta y sucesion, y así se estimó y declaró pertenecer al Consejo el conocimiento instructivo de este artículo para gobernar su dictámen en lo principal de la causa.

38 De los casos particulares y sus circunstancias, en que tengan lugar los efectos devolutivo y suspensivo de las apelaciones que se interponen, ó sea limitado al primero, ejecutándose sin embargo la sentencia, escribieron difusos tratados Salgad. *de Reg.*, Scac. *de Appellationib.* y Lancelot. *de Attentat.*, á los cuales se podrá recurrir para determinar si la apelacion admite los dos efectos referidos ó el devolutivo solamente; pues de este principio procede la resolucion de la fuerza.

39 Pero deseando facilitar por principios sólidos y sencillos el conocimiento de esta materia, que se halla mas complicada en los casos particulares que tratan dichos autores, los reduciré á una observacion que sirva de norma para conocer si la apelacion debe recibir los dos efectos ó el devolutivo solamente. La insinuada regla consiste en cotejar el agravio y perjuicio de las partes con el del público; pues en el caso de ser mayor el que padece la que apela, sino se suspende la ejecucion de la sentencia, debe el juez admitirla en los dos efectos; y si la parte á cuyo favor fue dada la sentencia se expusiese á sufrir mayores daños, no ejecutándose sin embargo de la apelacion, se limitará su efecto al devolutivo.

40 Los ejemplos manifestarán la verdad de la observacion insinuada. El santo Concilio de Trento en el *capítulo* 13. *ses.* 25. *de Regularib.* hace supuesto de los escándalos y turbaciones que producian las disputas acaloradas de los eclesiásticos seculares y regulares, sobre preferencia en las procesiones públicas, entierros y otros actos semejantes; y deseando precaver oportunamente estos daños, ordena y manda que el obispo componga y corte semejantes controversias, declarando la respectiva preferencia que deban tener segun el estado de posesion en que se hallen las partes; y que esta providencia se lleve á debida ejecucion sin embargo de apelacion y de otro cualquiera recurso, ibi: *Episcopus, amota omni appellatione, et non obstantibus quibuscumque, componat.*

41 El señor Salgado, que trató de esta disposicion del santo Concilio en la *part.* 2. *de Reg. cap.* 9., estima por razon fundamental para excluir la apelacion, ser la providencia del obispo de puro gobierno, dirigida á mantener la tranquilidad pública, evitar escándalos y precaver los tumultos y riñas de que nacen tan graves daños al Estado, *ibi n.* 6.: *Remedium igitur dicti Concilii decreti provenit à mero judicis officio ob rectam gubernationem, et tranquilitatem, ad sedandas rixas, tumultum et controversias, et vitanda scandala.*

42 La *ley* 54. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 5. tit. 3. lib. 7. de la Nov. Recop.) expresa con mayor claridad las partes que recomiendan la ejecucion de las providencias, que miran al gobierno y tranquilidad de los pueblos, *ibi*: «Porque somos informados que »muchas veces se siguen muchos in»convenientes, de rescebir nuestro Pre»sidente, y Oidores todas las apelacio»nes indistintamente, y mandar sobre»seer en la execucion, mayormente en »las cosas que se mandan en las Ciuda»des, Villas, y Lugares cerca de la go-

»vernacion de ellas::::: Porque por »esto se impide mucho la buena gover- »nacion de las dichas Ciudades, Villas, »y Lugares; y es mucho perjuicio para »las Comunidades, y causa de muchos »gastos, y por la mayor parte la exe- »cucion destas cosas es de menos per- »juicio á las partes que de ello se agra- »vian.»

43 Esta ley reune las dos partes de la observacion indicada; esto es, el mayor daño de las ciudades, villas y lugares, si no se ejecutan las providencias de gobierno, y el menor de la parte que se agravia; y con esta consideracion dispone: «Ca quando las cosas desta »calidad son de poco perjuicio, siempre »se deve mucho mirar lo que parescie- »re que conviene al bien comun.»

44 Lo mismo se verifica en el juicio posesorio sumarísimo, del cual trató el señor Covarrubias en el *cap.* 17. *de sus Prácticas*, haciendo ejecutiva la providencia de manutencion por el momentáneo perjuicio que contiene, respecto del mayor que sentiria el público y las mismas partes, no poniendo fin á sus controversias.

45 La *ley* 6. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 22. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) supone en su principio que el alcalde en los pleitos debe otorgar la apelacion que las leyes disponen, y refiriendo las limitaciones de esta regla dice: «Pero son algunos pleytos, »en que no queremos que se otorgue »apelacion.» Este no querer que haya apelacion, se funda en la razon y justicia con que siempre se gobierna la voluntad del rey; y se manifiesta de los casos que contiene la misma ley, y son: «Si se alzare demandar que al- »gun hombre que no era descomulga- »do, ó devedado, que no sea sepulta- »do, ó sobre cosa que no se pueda »guardar, como sobre uvas, antes que »el vino sea fecho de ellas, ó sobre »mieses que se hán de segar, ó sobre »otra cosa semejante que perece por »tiempo; ó si fuere sobre dar govierno »á niños pequeños: porque en tales ca- »sos como estos, si se alongasen los »pleytos por alzada, las cosas se per- »derian, y nacerian dello muchos da- »ños; pero bien queremos, que en ta- »les pleytos como estos se pueda que- »rellar, y proseguir su derecho aquel, »que entendiere que es agraviado por »el Alcalde.»

46 Las sentencias en que se mandan dar alimentos, ya sean difinitivas ó interlocutorias, no admiten apelacion suspensiva, cuando el que los ha de recibir es pobre, y no tiene para mantenerse otros medios sino los alimentos presentes y futuros. Esta opinion se funda en la *ley* 27. §. 3. *ff. de Inofficios. testam.* ibi: *De inofficioso testamento nepos contra patruum suum, vel alium scriptum hæredem, pro portione egerat, et obtinuerat; sed scriptus hæres appellaverat. Placuit interim, propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatum, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabantur, decerni; eaque adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis.*

47 Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 1. añade como necesaria á las dos calidades indicadas otra singularísima, reducida á que se pidan los alimentos *officio judicis*, y no *vi actionis*, permitiendo en el primer caso la ejecucion de la sentencia á favor de los alimentos, aunque se apele de ella; pero concede en el segundo los dos efectos devolutivo y suspensivo.

48 Scacia *de Appellationib. q.* 17. *limit.* 7. *n.* 17., y Surdo *de Aliment. tit.* 8. *n.* 23., atribuyen á la sentencia, en que se mandan dar alimentos, la calidad de ejecutiva, sin diferencia de que se hayan pedido *officio judicis* ó *vi actionis.*

49 En la contradiccion de estas doctrinas se hallarian con perplexidad los jueces eclesiásticos y los magistrados, los unos para deferir á la apelacion en el segundo caso, y los otros para declarar la fuerza. Yo estoy decidido en mi dictámen por la opinion de Scacia y Surdo, sin embargo de que los impugna Salgado con expresiones duras, que suenan á desprecio, como puede verse en el *n.* 13. *del citado cap.* 1.

50 El señor Salgado se preocupó del caso particular, que propone la enunciada *ley* 27. §. 3. *ff. de Inoffic.*

*testam.*, en el cual ciertamente halló las tres calidades, de que los alimentos se pedian *officio judicis* por quien no tenia otro medio para mantenerse; pero no observó este sabio autor que la decision de la ley se acomodó al caso particular que se proponia, sin establecer regla para otros casos en que se pidiesen *vi actionis*; y el argumento negativo que deduce de no hablarse en aquella ley de alimentos, que se debian por contrato ó legado, es debilísimo para excluir la calidad ejecutiva en los que se piden por la accion, que nace de los enunciados contratos ó de otros semejantes.

51 Tambien debió observar el citado autor que la razon primitiva en que funda la ley su decision, haciendo ejecutiva la sentencia, consiste en la pobreza del pupilo á quien se mandaban dar los alimentos, como se manifiesta en estas palabras, *propter inopiam pupilli*; y concurriendo la misma razon en los pobres que piden alimentos por título de accion, debe tener lugar el mismo influjo de la ley.

52 Si bien se examina la razon misma, que contienen las palabras *propter inopiam pupilli*, se comprenderá otra mas superior, reducida al mayor y mas irreparable daño que sentiria el pobre, si se le suspendiesen los alimentos, que es todo el fundamento de la regla propuesta para resolver á favor de la ejecucion de las sentencias.

53 A la sentencia que se da en causa de alimentos, precede exámen y justificacion competente del buen derecho con que la parte los pretende sobre los bienes á que dirige su accion principal; y ya se halle probado plenamente ó con suficiente presuncion segun el estado y naturaleza de la causa, vienen por consecuencia á mandársele dar de los bienes propios que pretende, para que no perezca entretanto, y le sea ilusoria su accion; y por este respecto se moderan á proporcion de los bienes que solicita.

54 Esta viene á ser la causa próxima que decide la prestacion de alimentos; y siendo comun á todos por cualquiera título que los pidan, debe serlo tambien la decision de la ley en el efecto ejecutivo.

55 El señor Covarrubias en el *capit.* 6. *de sus Prácticas n.* 5. *y* 6. favorece con su doctrina la opinion referida de Scacia y Surdo; pues no distingue los casos de que se pidan alimentos *officio judicis* ó *vi actionis*, y reduce las calidades por punto general á que el actor sea pobre, y pruebe plenamente ó por presunciones el buen derecho á lo que pretende.

56 Los alimentos espirituales tienen mas preferente recomendacion para no dilatarlos á quienes se deban dar, como se manifiesta en la *Auténtic. colac.* 8. *tit.* 16. *Novel.* 115. *cap.* 3. §. 14. *vers. Si vero liberi*, ibi: *Si enim pro causis corporalibus cogitamus, quanto magis pro animarum salute providentia est nostræ sollicitudinis abhibenda.*

57 De este principio procede la uniforme consecuencia de ser ejecutivas las sentencias en que se mandan proveer, instituir y colar los beneficios curados; y las que se dan para que residan personalmente los que los obtienen, cumpliendo por sí mismos las obligaciones de este oficio. Lo mismo sucede en la privacion del beneficio curado á los incorregibles en sus malas costumbres y escándalos, en la reparacion y edificacion de iglesias parroquiales, surtimiento de jocalias y de lo demas necesario á la decencia y decoro del servicio de la Iglesia, y señalamiento de cóngrua á los rectores, vicarios y ecónomos.

58 Todos estos casos y otros, que se dirigen al mismo objeto de la administracion del pasto espiritual, tienen especial decision, para que no se retarde su ejecucion con motivo de apelacion ni de otro recurso alguno, en el santo Concilio de Trento, en los cánones y en las leyes reales: Trident. *ses.* 24. *de Reformat. cap.* 18.: Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 13. *n.* 167. *et seq.*: Id. Trid. *ses.* 6. *de Reformat. cap.* 1. *et ses.* 23. *cap.* 1.: Salgado *part.* 2. *cap.* 15. *à num.* 6.

59 Si en los casos referidos se ejecutan las sentencias sin embargo de la apelacion por privilegio y recomendacion de la causa, hay otros en que

por regla y derecho comun traen aparejada ejecucion.

60 En las excomuniones sucede así; pues en el punto que se imponen por sentencia del juez eclesiástico que tiene jurisdiccion, ligan al excomulgado, y obran todo su efecto ejecutivo. Esta es la razon principal que para excluir la apelacion expresa el *cap.* 53. §. 1. *ext. de Appellationib.* ibi: *Cum executionem excommunicatio secum trahat, excommunicatus per denuntiationem amplius non ligetur, ipsum excommunicatum denuntiare potes, ut ab aliis evitetur*: *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1. *ibi*: «E »tan gran fuerza tiene la sentencia de »descomunion, que luego que es dada, »liga, lo que non facen las otras sen»tencias, é esto es en tal manera: ca »maguer se alce despues della aquel »contra quien la dan, todavía finca »ligado, fasta que sea absuelto:» Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 5. *n.* 3. *et* 5.: Amaya *Observat. lib.* 2. *cap.* 15.: Gonzalez *in dict. cap.* 53. §. *verum, de Appellationib.*

61 Reflexionada la razon indicada viene á deducirse de ella que el efecto de la apelacion, despues de interpuesta, ó en el tiempo en que se puede hacer, es limitado á suspender la ejecucion de la sentencia; y como en lo ejecutado no puede tener lugar la suspension, es ineficaz la apelacion, y es preciso recurrir á otro medio mas eficaz para alzar ó reponer lo obrado.

62 Con este principio conviene el señor Salgado, tratando de la suplicacion de las bulas apostólicas ejecutadas antes del recurso, *cap.* 1. *part.* 1. *de Supplicat.*

63 Las consecuencias, que deduce Salgado de este antecedente para el caso que se propone, contienen manifiesto error; y así está convencido por razon y por práctica en las resoluciones del Consejo, que se refieren con mayor extension en el capítulo once, parte segunda de estas *observaciones prácticas.*

64 Dos observaciones conviene hacer sobre la doctrina del señor Salgado para completar esta materia. Consideraba este sabio autor que la especialidad de que la excomunion no se suspenda por la apelacion, no solo consistia en la razon que expresa el citado *cap.* 53. §. 1. *de Appellationib.*: *Quia secum trahit executionem*, sino mas principalmente en que la excomunion es pena medicinal, y se dirige á la correccion, y que por estos dos respectos no debe impedirse con pretexto de ninguna apelacion frívola. Esto es lo que dice en la citada *part.* 2. *de Reg. cap.* 5. *n.* 7. ibi: *Ex specialitate rationis censuræ, quæ ideo secum trahit executionem, quia censurarum sententiæ sunt medicinales, et veniunt principaliter ad corrigendum; unde ne prætextu frivolæ appellationis impediatur correctio, fuit in eis inducta ista specialitas secundum prædictos doctores.*

65 Todas las penas miran como fin principal la correccion de los delincuentes y contumaces; pero esta circunstancia no las preserva de la apelacion suspensiva, especialmente cuando son graves, y se han impuesto con prévio conocimiento judicial; y ninguna hay mayor que la excomunion, ni que se imponga con mas serio precedente exámen, conforme al *cap.* 3. del santo Concilio de Trento *ses.* 23. *de Reformat.* San Agustin y otros santos Padres temieron mas las palabras: *Sit ethnicus, et publicanus*, en boca del legítimo pastor, que la muerte natural: Div. Aug. *lib. de Correct. et grat. cap.* 15. *in princip. Quia et ipsa quæ damnatio nominatur, quam fecit episcopale judicium, qua pœna in Ecclesia nulla major est, potest, si Deus voluerit, in correctionem saluberrimam cedere, atque proficere*: Idem *lib.* 1. *Contra adversar. legis, et Prophetar. cap.* 17. ibi: *Illud enim quod ait, si nec Ecclesiam audierit, sit tibi tamquam ethnicus, et publicanus, gravius est quam si gladio feriretur, si flammis absumeretur, si feris subrigeretur::::::: alligatur homo amarius, et infelicius Ecclesiæ clavibus, quam quibuslibet gravissimis, et durissimis ferreis, vel adamantinis nexibus.*

66 Las visitas de los prelados eclesiásticos se dirigen principalmente á la correccion y enmienda de las costum-

bres; pero si impusiesen penas graves, ó compilasen proceso contencioso, no serian ejecutivas las sentencias. Así lo asegura el mismo Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 15. *n.* 62. ibi: *In causis vero visitationis Ordinariorum, aut correctionis morum, quoad effectum devolutivum tantum admittitur, nisi de gravamine per diffinitivam irreparabili agatur, vel cum visitator citata parte, et adhibita causæ cognitione judicialiter procedit, tunc enim appellationi locus erit, etiam quoad effectum suspensivum*: Scacia *de Appellationib. q.* 17. *limit.* 26. *à n.* 10.

67 Por estos principios debe concluirse que la razon que expresa el citado *cap.* 53. §. 1. *de Appellationib.*, y la *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1., es la mas poderosa para impedir á la apelacion el efecto suspensivo en las sentencias de excomunion; y que no es necesario mendigar la que inventó el señor Salgado.

68 Confírmase ser la única razon de la regla antecedente la que se expresa en el citado *cap.* 53. §. 1. *de Appellationib.*, y en la *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1., con la doctrina del mismo señor Salgado en la *part.* 2. *de Reg. capit.* 5. *n.* 8. en donde asegura, como limitacion de la regla indicada, que la apelacion que se interpone de la sentencia de excomunion condicional, antes de purificarse la condicion, se admite en los dos efectos devolutivo y suspensivo; y pone el caso en los términos siguientes: *Excommunico te, nisi solveris creditori decem infra triduum, vel mensem, quia interim cum, pendente conditione, vel termino, non sit ligatus, pariter intra illud tempus, vel conditionis pendentiam, appellatio emissa effectum ipsius excommunicationis suspendit.*

69 El *cap.* 40. *ext. de Appellationib.* propone igual caso, ibi: *Nisi Sempronio intra viginti dies satisfeceris, te excommunicatum, vel suspensum, aut interdictum esse cognoscas: ille in quem fertur sententia, medio tempore appellans, ad diem statutum minime satisfecerit; utrum ille sententia tali ligetur, aut interpositioni appellationis tutus existat? Videtur autem nobis, quod hujusmodi sententiam appellationis obstaculum debeat impedire.*

70 Si la excomunion, por ser medicinal y de pura correccion, no se debe impedir con la apelacion, segun siente el señor Salgado; tampoco recibiria este efecto, aunque se interpusiese antes de venir el tiempo señalado en que empezase á producir su efecto; pues la diferencia en estos dos casos estriba solo en interponerse antes de ejecutarse, ó despues de haber recibido su efectiva ejecucion.

71 Yo encuentro en el citado *cap.* 40., y en el caso que propone el señor Salgado dos sentencias: en la una manda el juez á la parte que litiga que pague la cantidad expresada dentro del plazo que la señala: la otra, que es la de excomunion, se la impone bajo la condicion y presupuesto de que sea inobediente y contumaz al precepto del juez; esto es, que teniendo bienes suficientes para hacerlo, resista su cumplimiento.

72 Estas dos condiciones se embeben en la primera sentencia. Así lo entendió el cardenal de Luca en sus anotaciones al Concilio de Trento sobre el *cap.* 3. *ses.* 25. *de Reformat. disc.* 43. *n.* 9. ibi: *Aut debitor idoneus est, aut non: si est idoneus, de facili cum executione reali, et personali cogi potest: et si non est idoneus, non intrant censuræ, ad quas deveniri non potest contra eum, qui ex impotencia non impleat.* La razon de esta doctrina consiste en que la causa próxima y principal de la excomunion es la inobediencia y contumacia, sin la cual dicen los cánones y santos Padres no tiene lugar la excomunion, como lo aseguran san Cipriano *Epistol.* 62. *ad Pompon. de Virginib.*: san Gerónimo *Epistol.* 1. *ad Heliodor.*: santo Tomás *in Quarto sententiar. distinct.* 18. *q.* 2. *art.* 1. *quæstiunc.* 3. *solut.* 3.: Gerson en su tratado *Circa materiam excommunicationis resolut. considerat.* 1.; y el *cap.* 5. *de Sentent. excommunicat. in Sexto.*

73 Si la apelacion de que habla el citado *cap.* 40. fué respectiva á la sentencia ó mandamiento de pago, suspendió necesariamente su ejecucion, y la dejó para este efecto, como si no se

hubiera dado, y faltando por este medio la obligacion de cumplirla, no podia entrar la excomunion, ni tendrá lugar la suspension de una sentencia que no se habia impuesto para aquel caso, ni para el otro de que no pagase por falta de bienes.

74 El referido *cap.* 53. §. 1. *de Appellationib.* ofrece otra duda, y otra resolucion mas misteriosa; la cual no estriba precisamente en que la excomunion produzca todo su efecto en ligar al excomulgado sin embargo de la apelacion, porque esto podria verificarse por la razon ya insinuada, *quia secum trahit executionem.* La cuestion trasciende al punto de si el juez que impuso la excomunion, podrá hacer alguna novedad despues de la apelacion, denunciando y publicando al excomulgado; á lo cual responde el Sumo Pontífice que si, ibi: *Ipsum excommunicatum denuntiare potes, ut ab aliis evitetur, et illi proventus ecclesiastici merito subtrahantur, cui ecclesiæ communio denegatur.*

75 La razon en que se funda esta decision se expresa en el mismo capítulo, ibi: *Et excommunicatus per denuntiationem amplius non ligetur*; quiere decir que la denunciacion y la substraccion de las rentas de los beneficios eclesiásticos venian implícitas en la misma sentencia de excomunion; y así ni se hacia novedad, ni se causaba gravámen en su explicacion: Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 5. *n.* 12. con muchos que allí refiere; pero no sucede así en las sentencias declaratorias ó agravatorias de la excomunion, de las cuales trata Salgado *part.* 2. *de Reg. cap.* 5. *n.* 16.; y es la razon, porque éstas añaden nuevo gravámen al anterior de que habia apelado.

76 Las sentencias, que son conformes notoriamente á la disposicion de derecho, no reciben apelacion en efecto alguno, porque falta el agravio, que es el supuesto en que se fundan, y falta tambien el fin de mejorar su defensa; y vienen á quedar en el concepto de frívolas y calumniosas, queriendo convertir en daño de las partes que litigan, y no menos de la causa pública, un remedio introducido en beneficio de los interesados y del estado. La grande dificultad que ocurre en estos casos procede de la complicacion de los hechos que se motivan, queriendo que sirvan de excepcion y limitacion de la ley, á que el juez que dió la sentencia entendió que correspondia exactamente; y como el mismo juez ha de gobernar su juicio en cuanto á la apelacion por los mismos principios, con que estimó ser su sentencia notoriamente conforme á lo dispuesto por las leyes, es consiguiente que desprecie la apelacion que se interponga de ella.

77 Pero si la parte que se considera agraviada reclamase la violencia de no haber deferido á su apelacion, se admite el recurso en los tribunales reales competentes, y se instruyen por el proceso de la justicia notoria que contenga la sentencia, tomando las nociones convenientes de los hechos y circunstancias, que manifiesten con toda claridad ser conforme la sentencia á la disposicion de derecho, sin que pueda mejorar el suyo la parte apelante; y en este caso declara el tribunal real que el juez eclesiástico no hace fuerza en no otorgar la apelacion, y le devuelve los autos; y faltando por alguna circunstancia la notoriedad permanente de su justicia, con cualquiera duda probable se declara haber lugar á la fuerza.

78 Este es el resúmen de toda la doctrina que con referencia á ejemplos y casos particulares fundó largamente el señor Salgado en los *capit.* 6. *y* 18. *part.* 3. *de Reg.*, y se confirma su uso y práctica con la que observan las chancillerías y audiencias, mandando ejecutar sus sentencias con la calidad «de sin embargo,» cuando las consideran notoriamente justas, de lo cual trata el *auto acord.* 10. *tit.* 19. *libro* 4. (Nota 3. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Rec.), y la real cédula expedida en 28 de Junio de 1770; y esto es anticipar su dictámen de que no admitirán la súplica, por estimarla frívola y calumniosa.

79 La misma regla tiene lugar en la ejecucion de la cosa juzgada: porque formando un derecho constante entre las partes que litigaron, y sien-

do la ejecucion parte esencial de la misma sentencia, si se suspendiese por la apelacion, ó se trajese por cualquiera medio nuevamente al juicio, vendria á quedar ilusoria la cosa juzgada en ofensa de la causa pública y del derecho de las partes; en lo cual no cabe duda ni agravio, ni puede tener lugar la apelacion.

80 Esta es una doctrina igualmente constante en que convienen todos, y la expuso largamente el señor Salgado *de Reg. p.* 4. *cap.* 1. De los excesos de los ejecutores trató en los capítulos siguientes con alguna complicacion y oscuridad; pero como toda esta materia la resumí por principios y reglas en el capítulo primero, parte tercera de mis *Instituciones prácticas*, excuso repetir los casos en que pueden excederse los jueces ejecutores, y dar lugar á las apelaciones y recursos.

81 En los recursos pertenecientes á la fuerza de no otorgar se observan las formas y estilos que expliqué en el capítulo anterior próximo, sin otra diferencia que la que necesariamente debe haber en las palabras de la decision de los tribunales reales, y en el conocimiento que les corresponde, así en los que vienen al Consejo, como en los que se introducen en las chancillerías y audiencias.

82 La *ley* 36. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) es la primera que trata de las fuerzas de no otorgar, introducidas en en las audiencias, y de la autoridad que tienen para conocer de ellas; y esto manifiesta que hasta entonces habia sido privativa del Consejo, como que representa inmediatamente al rey la potestad de oirlas y alzarlas.

83 En la misma ley se manda que cuando alguno viniere ante ellos quejándose que no se le otorga la apelacion, que justamente interpone de algun juez eclesiástico, «den nuestras »cartas en la forma acostumbrada en »nuestro Consejo, para que se otorgue »la apelacion.»

84 En esta parte, que es la primera dispositiva de la ley, se supone que el Consejo habia dado hasta entonces las mismas cartas ó provisiones, y para los propios fines; y supone tambien que habia sido constante la forma de su expedicion, pues la llama «acos»tumbrada.» Limita asimismo la ley las facultades de las audiencias á que guarden la misma forma, sin dejarlas arbitrio para variar; y esta observacion debe poner en gran cuidado á los tribunales para no alterarla, ni mudar las voces de que hasta ahora han usado en las cláusulas que contienen, pues por esta razon se llaman ordinarias; y para no innovar el órden hasta llegar á la decision, ni las palabras con que se extienden.

85 Si hasta el tiempo de la enunciada *ley* 36., que fué el año de 1525, usó el Consejo constantemente de la suprema potestad de alzar estas fuerzas, y la ley no se la deroga, ni disminuye, y menos le inhibe de que la interponga en beneficio de las partes y de la causa pública; no hay razon para despojarle de aquel prudente y sabio arbitrio de que ha usado en todos tiempos, sin limitacion á las fuerzas que se causan en la córte, y á otras que por especial disposicion se le encargan, segun se han referido en el capítulo anterior próximo.

86 Continúa la citada ley con el mandamiento positivo que debe contener la provision, reducido á que se traiga á las audiencias el proceso eclesiástico originalmente.

87 Esta parte del mandamiento es preparatoria, y manifiesta que la primera, dirigida á que el juez eclesiástico otorgase la apelacion, era potestativa al arbitrio del mismo juez eclesiástico, así como lo tenia en uso de su propia autoridad para revocar el auto interlocutorio en que habia denegado la apelacion, y para otorgarla en ambos efectos; pues cesando de este modo el agravio de la queja, faltaba la causa del recurso.

88 Concluye la ley explicando las partes que debe contener la decision del tribunal real: en la primera hace el supuesto de que constase por el proceso que la apelacion era legítimamente interpuesta. Yo observo en la palabra «constare,» que debe ser clara y

sin duda probable la legitimidad de la apelacion; pues de este principio nace la opresion y violencia del juez eclesiástico que la denegó, y entra la autoridad real alzándola, y proveyendo que el dicho juez la otorgue, dejando expeditas á las partes para poderse presentar ante el superior inmediato: y esto quiere decir la ley en estas palabras: «ante quien, y como devan.» Y alzando la fuerza que causa el juez eclesiástico en no otorgar, con mayor razon deben hacerlo en la que hayan causado con la ejecucion de sus sentencias, despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer, por ser esta una opresion mas grave y sensible.

89 Así como la suprema autoridad real vela tanto en alzar las fuerzas que causan los jueces eclesiásticos, así tambien cuida de proteger su jurisdiccion, contribuyendo con todo su auxilio á que se obedezca y cumpla lo que justamente fuere mandado por la Iglesia; y en este concepto dispone la citada *ley* 36. que si por el dicho proceso pareciere que la enunciada apelacion no está justa y legítimamente interpuesta, lo remitan luego al juez eclesiástico para que él proceda y haga justicia.

90 La palabra «pareciere» de que usa en esta parte la ley, guarda entera consonancia con la de «constare,» que puso en la primera; y vienen á decir las dos que para declarar la fuerza, debe ser clara y manifiesta, y para devolver al eclesiástico el proceso, basta que la apelacion no parezca justa, y legítimamente interpuesta: porque cualquiera duda probable que ofusque la justicia y legitimidad de la apelacion, que es la cualidad en que se funda la parte que recurre al tribunal real, debilita y excluye su intento.

91 En la condenacion de costas no da regla la ley, por las varias circunstancias con que se presentan estos recursos; y solo en el caso de que se descubra haberlos introducido con temeridad y malicia, se deben imponer á la parte, pues no conviene estrechar mucho estas vias de la natural defensa.

## CAPÍTULO IX.

*De las fuerzas que hacen los jueces eclesiásticos en conocer y proceder, como conocen y proceden.*

1 Los recursos de fuerza en el modo de conocer y proceder suponen pertenecer al fuero de la Iglesia el conocimiento de la causa, y solo miran el exceso en el uso de su jurisdiccion cuando no guardan el órden público de los juicios, señalado por los cánones y las leyes para que las partes logren en su observancia ejercitar libremente la natural defensa de sus derechos.

2 En este resúmen se encierra todo lo perteneciente á los recursos de fuerza en el modo, y se explicarán sus partes por el concepto que de ellos tienen los autores para justificar el conocimiento del tribunal real, demostrando al mismo tiempo el sólido fundamento con que éste se establece, y las circunstancias que deben hacer lugar á la proteccion del soberano.

3 El señor Salcedo, que examinó de intento la justicia de este recurso en el *cap.* 21. *lib.* 1. *de Leg. Polit.*, la demostró con expresiones bastantemente claras y ceñidas á la injusticia que hacen los eclesiásticos invirtiendo el órden de los juicios, y alterando el camino por donde deben dirigir sus procedimientos, sin cerrar á las partes el correspondiente á su natural defensa.

4 Esta especie de injusticia es la que da motivo al recurso; y de ella habla el señor Salcedo sin confundirla con la que pueden hacer los eclesiásticos en sus determinaciones, por no guardar en ellas la razon de igualdad, que prescriben las leyes para la recta distribucion del derecho que corresponde á cada uno.

5 Quien lea con detenida reflexion las máximas de este autor en todo el capítulo citado, hallará que no tienen un sonido tan indefinido que solo sean capaces de comprender los autos del eclesiástico precisamente injustos, como opuestos á los cánones y á las leyes.

6 Sus literales expresiones manifies-

tan con claridad el pensamiento del señor Salcedo, y el juicio con que determinó, como materia y fundamento del recurso de fuerza en el modo, la inversion del órden legal, y la injusticia que necesariamente resultaba de ella á las partes, privándolas de las defensas naturales, que conceden todos los derechos en el órden y tiempo de producirlas.

7 En el *n.* 4. recuerda Salcedo los seis autos usados en las chancillerías para alzar las fuerzas, siendo uno de ellos el que comunmente se llama medio ó condicional, el cual, concluye al *n.* 6., no está recibido, ni se ha usado en el supremo Consejo, ibi: *Neque receptum, nec usitatum est in supremo Consilio.* En el número siguiente dice el mismo autor: *Loco autem illius, ne subditi indefensi, ac obnoxii violentiis relinquerentur, firmatum est decretum in causis emergentibus*: «de que el juez »hace fuerza en conocer y proceder, »como conoce y procede.»

8 El señor Salgado en la *part.* 1. *cap.* 5. *de Reg.* expone y funda largamente que los decretos condicionales ó mistos solo tienen lugar en los autos interlocutorios de los jueces eclesiásticos, sin poder verificarse en las sentencias difinitivas, de suerte que solo en el progreso de la causa tienen entrada estos decretos; y poniendo en su lugar el señor Salcedo los que pronuncia el Consejo diciendo «que el juez hace »fuerza en conocer y proceder, como »conoce y procede,» se deja entender bástantemente, desde el principio del tratado, que su pensamiento es aplicar el recurso de fuerza en el modo al progreso y órden de los juicios, y á los procedimientos que con inversion de sus trámites hacen los eclesiásticos, sin tocar en la injusticia que por otro medio pudieran contener, y menos en la de los autos difinitivos.

9 Quien reconozca los términos y casos, que por ejemplar señalan los autores para los decretos condicionales, hallará mas segura demostracion de la verdad propuesta; pues se reducen á los excesos de los jueces eclesiásticos en la inversion ó trastornos del órden judicial: Salgado de *Reg. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 206. *et cap.* 5. *n.* 66.; y refiriéndose á los mismos el señor Salcedo, cuando en lugar del enunciado decreto condicional dice haber entrado el del Consejo en el modo, explica la misma reduccion en todos sus términos, casos y circunstancias.

10 En el *n.* 19. dice el expresado autor: *Quamvis certum sit quod judice injuste agente parti offensæ, ac litigatori læso restat dumtaxat in sui defensionem appellationis auxilium; adhuc tamen si intra suæ jurisdictionis limites injuste procedat, ac violato naturalis cognationis vinculo, et non servatis legum præceptis, æqualitatem necessariam ad conservationem humanæ societatis non foveat:::::: ad tutamen subditi offensi ob injuriam executionis actus injusti, et transgressionem juris parti competentis, licitum erit Principi suam auxilium interponere, ut jus, et justitia intra suæ naturæ virtutem, et æqualitatem servetur; gressusque judicis ecclesiastici dirigere*

11 ¿Con qué elegancia y juicio distingue Salcedo en este pasage la injusticia simple de la que se comete en el órden y forma de proceder? En la primera asienta por cierto que solo queda á la parte ofendida y perjudicada el auxilio de la apelacion, concediendo y limitando el de la fuerza en el modo, á la que toca en el método y forma señalada por las leyes.

12 Nótense tambien los fines que el mismo autor atribuye al recurso y al decreto, ibi: *Ut jus et justitia intra suæ naturæ virtutem, et æqualitatem servetur; gressusque judicis ecclesiastici dirigere.* ¿Cómo podrian enderezarse los pasos del juez eclesiástico, si su extravío no fuese limitado á los que habia dado y podia enmendar antes de la sentencia difinitiva?

13 Con mas abierto sentido, si cabe mayor claridad, habla el señor Salcedo desde el *n.* 24. *al* 27. ibi: *Primo cum ex ea* (habla de la fórmula del decreto) *ecclesiastica jurisdictio in manu judicis illæsa permaneat. Secundo, ut judicis ignorantia, vel malitia, reformetur, et dirigatur intra metas juris, ac legum et canonicarum constitutionum:::::: ex quo indemni ecclesiastico-*

*rum judicum jurisdictione, eis patefit via procedendi, servando canonici juris præcepta.* En el *n.* 28. refiere como notoria la práctica de retener las letras apostólicas contrarias al sagrado Concilio de Trento, especialmente á las constituciones que conceden y aseguran la jurisdiccion de los ordinarios, de lo cual habla el *cap.* 20. *ses.* 24. *de Reformat.*; y al fin del mismo número expresa los fines de dicha retencion, ibi: *Ne legum, et juris ordo, et consonantia publica deturbetur.* En el *n.* 32. *vers. Nec attendendum*, refiere la queja que motivan los eclesiásticos en que por las palabras del decreto «en conocer y proceder, como conocen y proceden,» no se les señala la forma que deben guardar en sus procedimientos para estimarlos justos, siendo de otra manera injustos y violentos, ibi: *Non designari formam agendi, qua servata, juste procedere dicantur, et aliter injuste, et violenter.*

14 No puede explicar este autor con mayor expresion que la injusticia y violencia, que se declara en el decreto de fuerza de conocer y proceder, como conoce y procede, consiste en no haber observado los jueces eclesiásticos en sus procedimientos la forma señalada por derecho; y para evitar igual error deseaban que el Consejo les señalase la forma que habian de guardar en el progreso de la causa.

15 En satisfaccion á este reparo expone dicho autor el que tendria para concebir en el Consejo [12] potestad extensiva á determinar la forma, que debiesen seguir los jueces eclesiásticos en el conocimiento de los autos, porque esto tendria algun sonido de jurisdiccional; y así dice que el tribunal real llena todos los fines de su encargo, declarando la fuerza que hacen los eclesiásticos, á causa de haber procedido por la forma y trámites que constan del proceso; y con este conocimiento se les guarda el debido honor, remitiéndoles los autos para que, apartándose de aquel primer camino por donde procedian, elijan y tomen el que está aprobado por derecho; ibi: *Ut, cognita per eum injustitia erumpente ex actis, relicta prima via cognoscendi, eligant probatam à jure ad tribuendum unicuique quod suum est.*

16 En el mismo *n.* 32. *vers. Et quamvis*, hace Salcedo mérito de las sentencias y costumbres recibidas en algunos reinos de recurrir al príncipe en los casos, en que los jueces eclesiásticos proceden injustamente, así contra legos como contra eclesiásticos, para que enmienden su injusticia, cuyo auxilio se llama apelacion *ab abusu*, y refutando estas sentencias, que asegura no estar admitidas en España, dice que el supremo Consejo no ha pensado mezclarse en semejante conocimiento; en lo cual presenta otra evidencia de no ser el decreto de fuerza en el modo, relativo á cualquiera procedimiento injusto de los jueces eclesiásticos, sino que está reducido á los que pecan en la forma y órden judicial, señalado por parte esencial del juicio en los cánones y en las leyes.

17 El mismo concepto manifiestan el señor Covarrubias *Pract. cap.* 35. *n.* 2.: Marca *Concord. sacerd. et imper. lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 3. ibi: *Altera est, si contra omnem judiciorum ordinem per dolum, circumventionem, et machinationem judicio ecclesiastico episcopi, vel clerici opprimerentur, ut accidit, in causa Athanassi. Si eamdem viam insistant hodie principes, hoc nullam potest illis invidiam creare apud eruditos, et prudentes rerum existimatores: quia præter superiorum principum exemplum, sapientissimorum quoque hujus ævi theologorum sententia nituntur*: Pereyra *de Man. reg. cap.* 4. *n.* 7. ibi: *Magistratus enim tribus modis violentiam infert. Primo, si extrajudicialiter procedit in his, quæ ordinaria discussione indigent.*

18 Por los casos en que puede tener lugar la fuerza de conocer y proceder, como conoce y procede, se percibirá con mayor claridad la justicia del decreto, y la solidez de las causas en que se funda.

19 Al juicio posesorio sumarísimo, llamado de *Interim*, da justo motivo la turbacion ó violencia, que causa alguno con mano y autoridad propia al que está en posesion. El objeto de este juicio es conservar al poseedor en ella, y

no dar lugar á que se turbe la república, viniendo, como sucede muchas veces, á mayores disensiones, sino se previenen con la oportuna y pronta providencia de hacer parar y detener las cosas en el ser y estado que tenian al tiempo en que dan principio los juicios: *leg.* 176. *ff. de Reg. jur.* ibi: *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*: *leg.* 13. *ff. de Off. Præsid.*: *leg.* 7. *Cod. unde vi.*

20 El conocimiento de este sumarísimo se instruye con la informacion suficiente para probar la tenencia de los bienes al tiempo de la turbacion y despojo, en la cual se le ampara, ó reintegra sin perjuicio de los derechos de las partes en los juicios plenarios de posesion y propiedad, á los cuales necesariamente debe preceder segun el órden del derecho, y los fines á que se dirigen: Covarrubias *Pract. cap.* 17. *num.* 6.: *leg.* 7. §. 5. *ff. de Liberal. caus.*: *Posth. de Manut. observat.* 7. 8. *et* 77.

21 Si el juez invirtiese el órden de este prévio juicio, pasando sin su declaracion á los ordinarios de posesion y propiedad, calificaria el desprecio de las leyes, y haria notoria injusticia á las partes, privándolas del derecho y natural defensa, que las compete para ser mantenidas en el tranquilo estado de posesion que gozaban, cuando se las inquietó y perturbó; y daria justo motivo á que la reclamasen por el auxilio y recurso de la fuerza de conocer y proceder, como conoce y procede.

22 El juicio sumarísimo facilita la defensa en los ordinarios de posesion y propiedad. Estos juicios son entre sí muy diversos: *leg.* 12. §. 1. *ff. de Adquirend. posses.*: *leg.* 18. §. 1. *ff. de Vi, et de vi armat*: *ley* 27. *tit.* 2. *Part.* 3. ibi: «Propiedad, é posesion son dos palabras »que ha entre ellas muy gran departa»miento. Ca propiedad tanto quiere de»cir como el señorío que el ome ha en la »cosa; é posesion tanto quiere decir, co»mo tenencia.» Sin embargo de esto el conocimiento y determinacion judicial guardan tan precisa union, que resisten la division de la causa, sujetándola á un mismo juez y tribunal: *leg.* 10. *Cod. de Judiciis*: *leg.* 13. *Cod. de Rei vindicat.* ibi: *Ordinarii juris est, ut mancipiorum orta quæstione, prius exhibitis mancipiis de possessione judicetur; ac tunc demun proprietatis causa ab eodem judice decidatur*: *cap.* 1. 2. *et* 3. *de Caus. posses. et proprietat.*: Parlador. *lib.* 2. *Rer. quotidianar. cap.* 9. *n.* 2.

23 La posesion ó tenencia de los bienes es mas fácil de probar que el señorío; y por esto obran con acuerdo los que demandan en primer lugar la tenencia, si entienden que la pueden probar: *leg.* 24. *ff. de Rei vindicat.*: *ley* 27. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: «E porque »es mas grave de provar el señorío de »la cosa, que la tenencia, dixéron los »Antiguos, que mas cuerdamente face »el demandador su demanda, en deman»dar en juicio la tenencia, si la pudiere »provar, que la propiedad.»

24 En esta demanda de posesion logran los que litigan el ventajoso lugar de reos, redimiéndose del cargo de probar la propiedad; y ponen en precision al contrario de calificar plenamente su accion, para vencer y arrojar de la posesion al que ya la ocupaba con autoridad judicial: *ley* 28. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: «Pro muy grande nasce á »los tenedores de las cosas, quier las »tengan con derecho, ó non: ca ma»guer los que gelas demandasen, dixe»sen que eran suyas, si lo non pudie»sen provar que les pertenecia el seño»río dellas, siempre finca la tenencia en »aquellos que las tienen, maguer non »muestren ningun derecho, que han »para tenerlas:» *leg.* 21. *et* 23. *Cod. de Probationib.*, *et leg. final. Cod. de Rei vindicat.*

25 A mas de esto los poseedores perciben pacíficamente los frutos hasta que se acaba el juicio del señorío [13], y les trae la situacion de la tenencia otras consecuencias muy favorables. Por esto reducen sus demandas al preciso punto de la posicion con prévio exámen y determinacion. Cuando así lo hacen, impiden el progreso á otro juicio, ligan las manos del juez al que se ha intentado de posesion, ya sea para alcanzarla, retenerla ó recuperarla; y le ponen en precision de dar su sentencia en cuanto á la sola posesion con reserva de los de-

rechos en la propiedad: *leg.* 10. *Cod. de Judiciis*: *leg.* 13. *Cod. de Rei vindicat.*: *ley* 27. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: «E si por »aventura alguno demandase á otro que »le entregase de la tenencia de alguna »cosa, é él que la toviese, ó otro cual»quier que la razonase por suya, dixe»se que gela non avia porque entregar, »porque es suya, ó avia otro derecho »en ella, ó otro alguno que dice que es »suya aquella cosa; en tal razon como »esta, ante deve ser oida la demanda, é »librada del que demandase la tenencia, »que la del otro que demandase, ó ra»zonase el señorío.»

26 Este es el órden que señalan las leyes, y el que todos admiten como medio seguro para indagar la verdad, y preparar las defensas de sus legítimos derechos. ¿Qué daños no padeceria el que pudiendo fácilmente probar su posesion, se le hiciese carecer de ella, de sus frutos y ventajas, metiéndole en el escabroso juicio de la propiedad, y aventurando en él la pérdida de su accion?

27 Esta es la razon y fundamento sólido que descubre la violencia del juez, que contraviniendo al órden y forma de los juicios dirige por otros medios sus procedimientos, y da con ellos justo motivo á la queja, y á buscar la pronta enmienda de semejante despojo en la proteccion real, para que declare la fuerza en el modo de conocer y proceder.

28 Los juicios de propiedad estan igualmente arreglados por las leyes á la forma y método, que faciliten y aseguren la natural defensa de los interesados. A este fin son necesarias las citaciones, y conducen las probanzas; y si el juez negase el término para hacerlas, trastornaria el órden substancial que prescriben todos los derechos, y ofenderia lo mas vivo de la natural defensa: *leyes* 2. *y* 3. *tit.* 15. *Part.* 3.: *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4.: *ley* 4. *tit.* 9. *del mismo lib. de la Recop.*; pues á tanto obliga la naturaleza de la causa ordinaria, que ni aun el consentimiento de las partes puede mudar el órden de su conocimiento, haciéndola sumaria: Paz *de Tenut. tract.* 1. *cap.* 39. *n.* 47. ibi: *Rursus quia causa ordinaria, etiam de consensu partium, non potest fieri summaria, ut notat glos. in cap. de causis, ubi doctores de Offic. delegat.*

29 En un abuso tan notorio ¿quién dudará que el juez resiste las supremas ordenaciones, y despoja á las partes de la natural defensa de sus derechos, cerrándolas con sus atentados procedimientos el camino seguro, que para demostrarlos han señalado los sumos pontífices y los reyes? ¿Y quién dudará tampoco de la notoriedad de estos excesos, y del poder de los reyes para separarlos, y declararlos por violentos en el modo de conocer y proceder?

30 La recusacion es una parte de las mas principales de la natural defensa, pues ocurre al peligro de litigar ante un juez sospechoso: *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3. ibi: «E porque es mucho peli»grosa cosa, de aver ome su pleyto de»lante del Judgador sospechoso:» *cap.* 5. *ext. de Exceptionib.* Por esta razon se inclinan todos los derechos á dar lugar á la recusacion de los jueces, aunque ocupen el mas distinguido lugar en los tribunales supremos: *ley* 22. *del mismo tit. y Part.*: *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 3. *del Orden.*: *la* 1. *y siguientes tit.* 10. *lib.* 2. *de la Recop.* (Tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) y no hay mas diferencia entre estos y los jueces ordinarios que las formalidades de preparar los ánimos, para que se entienda que usan las partes de la recusacion por puro efecto de natural defensa, sin que la promueva la malicia.

31 Asegurado el juez de este concepto, debe examinar y declarar previamente este artículo, sin dar otro paso en el asunto principal, porque así lo pide el órden del juicio, y su inversion quitaria á las partes su defensa, y se graduaria justamente de violencia en el modo de conocer y proceder, sucediendo lo mismo en todos los demas artículos que se llaman prejudiciales, y se dirigen al mismo objeto de la natural defensa.

32 La misma defensa se recomienda en los juicios ejecutivos, señalando para la prueba el competente término de diez dias, que empiezan á correr desde que se opone á la ejecucion el reo: *ley.* 2. *y* 3. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.*

(Leyes 1. y 2. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) y aunque fuera mas estrecha y acelerada la naturaleza de ellos, tendrian lugar los términos de la prueba, y no se entenderian cerrados, sin embargo de que se encargase su conocimiento de plano, sin estrépito y figura judicial: *Clemente sæpe* 2. *de Verb. significat.*

33 Tan observadores de la equidad han sido siempre los legisladores, como se expresa en la *ley* 90. *de Reg. jur. In omnibus quidem, maxime tamen in jure æquitas spectanda est*, que señalaron el órden y forma con que á menos costa debian satisfacerse las obligaciones, empezando la venta de los bienes por los muebles ó semovientes, sin dar paso á la de los raices, á menos que los primeros no alcanzasen á cubrir el todo de la deuda: *leg.* 15. §. 2. *Cod. de Re judicat: Glos. in dict. leg. n.* 8. *cum pluribus ibi relatis*: *ley* 19. *tit.* 21. *libro* 4. *de la Recop.* (Ley 12. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) *ibi*: «Dé su mandamiento de execucion, sin citar á la »parte executada para ello, mandando »por él que se haga la execucion en bie»nes muebles, y á falta dellas en bie»nes raices:::: y por esta forma se ha»ga la execucion en bienes muebles, y »á falta dellos en bienes raices;» y aun en este caso se preservan algunos hasta el último término, por la calidad que los hace mas recomendables en la estimacion de quien los goza, y le seria mas sensible mirarlos desprendidos de su familia, y colocados en agenas manos: *leg.* 22. *Cod. de Administrat. tutor.* ibi: *Ne vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines, aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre.*

34 Si los procedimientos de los jueces que trastornan el órden señalado, así para la prueba como para la venta de los bienes, no vician con notoria nulidad su progreso (de cuyo punto prescindo por ahora), á lo menos hacen evidente su violencia, y dan justo motivo á su reclamacion para que se declare hacerla en el modo de conocer y proceder: Avendaño *in capit. Prætor.* 17. *num.* 3. *lib.* 1.: Aceyedo *cum pluribus relatis in leg.* 19. *titulo* 21. *lib.* 4.

35 Si la opresion, que padecen los hombres en la defensa de sus bienes y derechos, llama á su enmienda el supremo poder de los reyes, con mayor razon deben ocupar su primer cuidado en atender y ocurrir á las que padecen en sus propias personas, porque son la mas noble cosa del mundo; pues á ellas estan subordinadas todas las cosas criadas, y se dirigen á su beneficio como último término que les señaló la divina Providencia: Genes. *capit.* 1. *v.* 26. *et sequentibus*: *Justinianus in* §. 12. *Institut. de Jur. nat.* ibi: *Et prius de personis videamus*; *nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur*: *ley* 26. *tit.* 1. *Part.* 7. *ibi*: «La perso»na del ome es la mas noble cosa del »mundo.»

36 Esta preeminencia, que gozan por tan altos títulos, los recomienda y pone en salvo para no ser molestados, ni presos por deudas que nazcan de causas civiles, á menos que preceda la certeza y liquidacion de la deuda, y que conste igualmente que no tiene bienes para satisfacerla. De otro modo se invertiria el órden establecido por las leyes.

37 En las causas criminales prescriben las leyes por el mismo respeto el órden prévio, que deben observar los jueces antes de llegar á las personas, asegurándose por las pruebas, indicios ó presunciones que resulten de la causa, atendidas su naturaleza y circunstancias, de que son ó estan notados de reos: Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 4. *à n.* 132. con los muchos autores que cita.

38 La inversion de este órden es un notorio abuso y contravencion á las supremas leyes, con la cual califican los jueces en su desprecio el dolo de sus procedimientos, y la violencia en privar al hombre de su natural libertad, y como no puede conservar ésta, ni defenderse por su propia autoridad de la fuerza, que hacen los jueces con abuso de la pública que ejercen, recurren justamente al príncipe para su enmienda, quien se la

dispensa, haciendo observar la forma y método de las mismas leyes canónicas.

39 En las prisiones de los eclesiásticos procede sin reparo el recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder, faltando alguna de las circunstancias correspondientes al órden y forma del juicio [14]; pero en las que se ejecutan en personas legas por resultas de las causas, ya sean civiles ó criminales, de que conocen en su fuero los jueces eclesiásticos, aunque sean injustas por la inversion del órden con que las acuerdan y mandan ejecutar dichos jueces, pasarán los límites de la fuerza en el modo de conocer y proceder, si llegan á tocar por su propia autoridad y la de sus ministros en las personas y bienes de los legos, y tomará este procedimiento el concepto de violento en la primera clase de conocer y proceder.

40 Fúndase esta diversidad en el notorio defecto de jurisdiccion del eclesiástico, la cual solo puede llegar á la excomunion como último término de su poder; y si fuese necesario dar otro algun paso con respecto á la persona del lego ó á sus bienes, debe ejecutarlo necesariamente el juez real, ayudando en esta parte con su jurisdiccion la de la Iglesia para que tengan efecto sus justas providencias. De esta fuerza traté en el capítulo séptimo de esta primera parte, incluyéndola en las de conocer y proceder.

41 Por lo expuesto se forma un resúmen de las precisas calidades en que se funda el recurso de fuerza de conocer y proceder, como conoce y procede, y se justifica la resolucion del tribunal real. Por la primera calidad se supone que la causa es del fuero de la Iglesia: la segunda consiste en la injusticia notoria con que procede el juez eclesiástico en sus autos interlocutorios, invirtiendo el órden público que señalan los cánones y las leyes para que las partes defiendan y justifiquen sus derechos.

42 De estas dos proposiciones, en que convienen todos los autores, resulta otra igualmente cierta, y es que en la injusticia que contenga la sentencia difinitiva del juez eclesiástico, como opuesta á los cánones y á las leyes, no hay ni se admite recurso de fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede.

43 Con esta explicacion se entiende mejor el *aut. acord.* 4. *tit.* 1. *lib.* 4. al fin del *n.* 2.; en cuyo principio dividió el Consejo en tres puntos los abusos introducidos por los jueces eclesiásticos, sobre los cuales debia consultar á S. M. en cumplimiento de su real órden de 23 de Mayo de 1677, teniendo presente la consulta de primero de Febrero de 1619.

44 En el primer punto trata de la forma con que se ejerce en estos reinos la jurisdiccion eclesiástica, y de los remedios que contra sus abusos estan establecidos por las leyes y pragmáticas. Allí refiere los correspondientes á las fuerzas de conocer y proceder, y á las de no otorgar, y concluye que si por algun juez eclesiástico se procede con injusticia notoria en defensa del que la padece, se da el auto medio de que el juez «en conocer y proceder, »como conoce y procede, hace fuerza.»

45 La injusticia notoria, que supone este auto, es relativa á los que da el juez eclesiástico en el progreso de la causa, invirtiendo el órden público de substanciarla con agravio de la natural defensa de las partes, sin llegar á la sentencia difinitiva; lo cual se indica en esta expresion «se procede.»

46 Cuando el citado auto trata en el caso anterior de la fuerza de no otorgar, dice que si habiéndose litigado entre dos partes en juicio contencioso, y dado sentencia contra la una, ésta apelare al juez superior, y no se la otorgare la apelacion para los efectos en que la tiene permitida el derecho; si recurre al Consejo por via de agravio, reconociéndose que lo hay, se socorre al ofendido con el auto, de que hace fuerza en no otorgar. La discrecion con que habla el Consejo, aplicando esta fuerza al caso en que el juez eclesiástico haya dado sentencia; y en el otro, «si procediese con injus»ticia notoria,» confirma la diversidad indicada.

47 Las chancillerías y audiencias

usan en los mismos casos propuestos de otro auto condicional ó misto, que tiene un semblante muy parecido al que se da en el Consejo, declarando «que hace fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede;» pero en rigor corresponde en toda su esencia y efectos al que se da en las fuerzas de no otorgar.

48 El citado auto condicional se concibe en la forma y términos siguientes: «Dixéron que el dicho juez »eclesiástico, oyendo de nuevo, ó dan»do término á la parte, ó recibiendo el »negocio á prueba, ó admitiéndole la »excepcion que pone, y reponiendo to»do lo hecho despues de la apelacion, »no hace fuerza, y se le remite el pro»ceso; y no lo haciendo, la hace, y »otorgue la apelacion, y reponga lo »hecho.»

49 Esta es la fórmula que propone el señor Salgado por ejemplo, y con aplicacion á las diferentes causas, en que se motiva el recurso á las chancillerías y audiencias, en su tratado *de Reg. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 206., del qual habla mas largamente *en el cap.* 5. *siguiente*, y el señor Salcedo *de Leg. Polit. lib.* 2. *cap.* 21.

50 Estos dos graves autores convienen en que los decretos condicionales solo tienen lugar en los autos interlocutorios de los jueces eclesiásticos, cuya declaracion y revocacion está al arbitrio, y pende de la jurisdiccion del mismo juez; y en esto se asemeja con entera uniformidad al auto de conocer y proceder, como conoce y procede.

51 Por el auto condicional se indica la opresion y agravio, que concibe el tribunal real en los procedimientos del juez eclesiástico, por no haber oido á la parte que se querella, ó no haberla dado término competente para su defensa, ó no haber recibido el negocio á prueba, ó admitídole la excepcion que opone. El otro auto de la fuerza en el modo señala tambien la que el mismo tribunal real concibió en los enunciados procedimientos del eclesiástico, y esta es otra parte en que convienen y se asemejan los dos referidos decretos.

52 La diferencia consiste en tres puntos: el primero que por el auto condicional queda su primera parte al arbitrio y voluntad del juez eclesiástico; y por el de la fuerza en el modo lo ha de revocar necesariamente por otro posterior, que enmiende el daño y opresion del primero.

53 El segundo punto consiste en que el auto condicional requiere, como necesario supuesto, que la parte que introduce el recurso de fuerza haya apelado en tiempo y forma, y que el juez no haya deferido á la apelacion en los efectos que la correspondian por derecho; pero la fuerza en el modo no exige apelacion precedente, aunque sería utilísimo usar al mismo tiempo de ella ante el mismo juez eclesiástico, que procede con la inordinacion referida, uniendo para los casos subsidiarios estos dos auxilios, que ni son incompatibles, ni el uso del uno destruye al otro, antes bien se hermanan y conservan con la preferencia y plenitud que contienen.

54 El recurso de fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede, es de primer órden, porque socorre con mayor brevedad y sin tantos gastos á la parte ofendida, segun se ha demostrado.

55 Si el juez eclesiástico hubiese negado la apelacion interpuesta, debe la parte agraviada introducir dos fuerzas en el mismo escrito: una principal, cual es la de conocer y proceder, como conoce y procede; y otra subsidiaria, por no haberla otorgado la apelacion, que interpuso en tiempo y forma.

56 Podrá suceder alguna vez que la inordinacion del proceso no ofenda la causa pública, ni contenga injusticia notoria, y que el auto sea perjudicial al derecho privado del que litiga, quien si no lo reclamase por la apelacion, induciria su consentimiento, y no podria retractarlo despues de pasado el término en que pudo apelar; pero habiéndolo hecho en tiempo oportuno, limitará el tribunal real la declaracion de fuerza á la de no otorgar.

57 Si el juez eclesiástico hubiese admitido la apelacion en ambos efectos, podrá sin embargo la parte agraviada usar del recurso de fuerza en conocer

y proceder, como conoce y procede; y si el tribunal declarase no haberla, podrá continuar y mejorar la apelacion ante el superior del mismo eclesiástico.

58 Esta doctrina es la misma que enseña y funda el señor Salgado en casos semejantes, cuando puede concurrir nulidad por exceso del juez ejecutor ó injusticia en sus procedimientos, de lo cual trató en la *part.* 4. *de Reg. cap.* 3. *desde el n.* 137., y en el *cap.* 7. *de la misma part.* 4.

59 El tercer punto es una consecuencia de los dos referidos; pues en el primero, que es el condicional, la materia de la fuerza es la denegacion de la apelacion legítima; y la disposicion ó influjo del auto real se limita á remover este impedimento, y á dejar expedito el remedio ordinario de la apelacion, para que la parte agraviada pueda defender libremente su derecho en el tribunal del eclesiástico; y la fuerza en el modo mira como objeto único la inversion del órden de las leyes, y la opresion que causa á la parte en su natural defensa, por no haberle guardado.

60 De estos antecedentes se viene en positivo conocimiento de que la fuerza en el modo es un remedio mas lleno y expedito á beneficio de la parte y de la tranquilidad pública, porque en el momento detiene todos los efectos de los autos interlocutorios del juez eclesiástico con perpetuidad absoluta; pero el decreto condicional, aunque induce igual suspension de los mismos autos por efecto de la apelacion, que manda otorgar y reponer lo obrado, con todo no tiene esta suspension la misma permanencia, porque es temporal y pendiente del juicio del superior eclesiástico; pues si entendiere por el conocimiento de la causa que los autos del inferior son justos, los confirmará, y cesará desde entonces la suspension de sus efectos, á menos que apele nuevamente hasta causar ejecutoria de cosa juzgada.

61 Aun cuando la parte, que apeló de los autos del eclesiástico, logre que el superior los revoque, dirigiendo al inferior por la via que señalan las leyes á beneficio de la natural defensa, habrá padecido grande dilacion, gastos y fatigas, que son consecuencias necesarias de los pleitos; y de todo esto se revela con la declaracion de la fuerza en el modo.

62 Por estas condiciones, y otras mas altas que yo no alcance, admitiria el Consejo el medio de declarar la fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede.

63 Yo me inclino á que las mas veces conseguirian las partes con el auto condicional la misma utilidad y ventaja, que tiene el positivo de la fuerza en el modo: porque advertidos oportunamente los jueces eclesiásticos por el tribunal real, de que en su juicio y dictámen se desvian en los autos, que han proveido, del órden público que señalan los cánones y las leyes, y debieron observar, no se expondrian á que sus superiores conociesen su ignorancia ó su malicia, y los declarasen nulos y atentados, ó los revocasen como notoriamente injustos; y para excusar este sonrojo tomarán el partido mas prudente de enmendarlos, consultando seriamente los derechos para elegir el mejor medio á beneficio de la igualdad en la defensa natural de las partes.

64 Pero aunque esto suceda las mas veces, cuando estan amagados los jueces eclesiásticos con el auto condicional, á que dió motivo haber negado la apelacion interpuesta; podrá en muchos casos verificarse la inversion del órden público judicial, apelando la parte de este auto, y admitiendo la apelacion el juez en ambos efectos, dejando correr al superior el conocimiento de la justicia en los enunciados autos; y entonces sufrirá las incomodidades y gastos de las instancias ante los jueces eclesiásticos, teniendo entre tanto detenida la causa en lo principal; y estos daños se enmiendan mas prontamente por el recurso de fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede.

65 El modo de introducir el recurso de esta fuerza conviene con el que se explicó en la de conocer y proceder, y en la de no otorgar; pero hay diferencia en el primer decreto del Consejo, por lo cual se manda que el notario venga á hacer relacion de los autos,

pues estando en la córte los jueces y tribunales, de quienes se interpone la fuerza, es mas expedito y menos costoso este medio.

66 Rara vez se pide señalamiento de dia para la vista, pues las partes se ponen de acuerdo con el notario, y este viene al Consejo el jueves, que es el dia señalado para las fuerzas de conocer y proceder, en sala de gobierno con la segunda; y el martes para las de conocer y proceder, como conoce y procede, y para las de no otorgar, en dicha sala segunda de gobierno [15].

67 El decreto del Consejo en estas dos últimas fuerzas conviene en que se devuelvan los autos al eclesiástico, ya declare la fuerza, ó ya que no la hay.

## CAPÍTULO X.

*El rey se informa de las fuerzas, que hacen los jueces eclesiásticos, por medios y modos extrajudiciales, y las manda alzar en uso de su potestad económica.*

1 Como apenas sea lícito dudar de una verdad que afirma unánimemente el respetable cuerpo de los sabios, sino que debe ser tenido y venerado su dictámen por el mas cierto y sano; y como los que tratan de las fuerzas aseguren que su conocimiento es sencillo y extrajudicial, sin citaciones, sin parte alguna esencial de los juicios y sin decision judicial, parece que no podemos menos de deferir á este mismo sentir.

2 Salgado *de Reg. part.* 1. *præl.* 5. *n.* 193. *y siguient.* afirma ser uniforme la sentencia de los muchos autores que allí refiere, y de otros que cita al *n.* 16. *de la misma part.* 1. *cap.* 1., quienes uniformemente sienten que en las fuerzas se imparte la natural defensa á los oprimidos *extrajudicialiter*, *celerrime*, *et absque jurisdictione.*

3 El mismo Salgado conviene tambien en esta opinion, ampliando los fundamentos que la justifican con las copiosas autoridades y observaciones, que expone en todo el progreso del citado *prælud.* 5., las cuales podrán reducirse con mejor método, claridad y solidez á las siguientes.

4 El derecho natural no solo permite, sino que obliga á defenderse de la fuerza con otra fuerza: *ley* 2. *tit.* 1. *Part.* 1.: *ley* 2. *tit.* 8. *Part.* 7.: Heinec. *Prælection. Academ. lib.* 1. *cap.* 2. §. 1. *n.* 7. *Quis utique neget velle Deum, ut quisque se conservet, ac defendat adversus omnem vim?:::: instruxit natura, vel Deus potius.* El ejercicio de esta potestad nativa no fué judicial, ni correspondió al imperio ó jurisdiccion, porque lo resistia la igualdad de los mismos hombres: *Quia par in parem, imperium, seu potestatem non habet.* Si los hombres hubieran podido nivelar sus impulsos á los justos límites de su natural defensa en las opresiones que padecian ó temian; anticipando sus providencias á los peligros próximos, solo tratarian de conocerlos por aquellos medios que mas los asegurasen, para evitarlos ó redimirlos.

5 Para ocurrir á los daños públicos, que necesariamente producian los excesos en el uso de esta natural defensa, la pusieron en la mano imparcial del rey, supuesta la sociedad y sus importantes fines, explicados desde su orígen en el capítulo primero de la primera parte; siendo de consiguiente una misma en su esencia y en su objeto la potestad, que nació con los hombres para defenderse, y la que trasladaron en los reyes; y si el uso de aquella fué notoriamente extrajudicial por un medio instructivo, que los aseguraba de las fuerzas y opresiones, que les causaban ó preparaban otros hombres; del mismo modo debe ser en todas sus partes el ejercicio de la potestad real en alzar y detener la fuerzas, ya se hagan estas con autoridad privada, ó ya abusando los jueces de la pública que les está encomendada.

6 El rey es cabeza, alma y vida de su reino; y es necesario que por estos títulos defienda á sus súbditos, y se duela de los males que recibieren, como que son sus miembros: *ley* 2. *tit.* 10. *Part.* 2.: *Authent. Neque virum cap.* 2. *in fine*, *collat.* 7.: Gregorio Lopez *Glos.* 3. sobre la citada *ley* 2.; y el uso de este poder conviene con el primitivo natural sin ligarse á los conocimientos judiciales ni á sus formalidades y sentencias.

7 Es tambien el rey padre comun, tutor y protector de todos los de su reino; y estos son otros tantos títulos, en que funda el señor Salgado la potestad económica del rey, para defender de las fuerzas á todos sus vasallos; y no correspondiendo á la autoridad de padre de familias, á la de tutor y á la de protector el nombre de jurisdiccion, pues no la tienen, infiere por necesaria consecuencia que no se debe dar este título de jurisdiccion propia y judicial á la potestad, que ejercita el rey en defensa de los de su reino, alzándoles la fuerza con que los halla oprimidos.

8 El Consejo, las chancillerías y audiencias tienen calificado en la práctica de estos recursos de fuerza, que toman su conocimiento en uso de la potestad económica y tuitiva del rey: que su fin es instruirse por medios extrajudiciales, como lo es la vista del proceso eclesiástico, de la opresion que reclama la parte; y enmendarla en caso de ser cierta, haciéndolo en unos casos los mismos tribunales reales, y mandando en otros á los jueces eclesiásticos que alcen las fuerzas, como lo ejecutan en las de no otorgar, y en las de conocer y proceder, como conocen y proceden.

9 Este es el concepto que han formado constantemente los supremos tribunales del reino, y el que han indicado en las cláusulas de la provision ordinaria, de cuya inteligencia traté en el capítulo octavo de esta primera parte.

10 Pues si la autoridad del Consejo debe ser respetada, venerada y seguida en su práctica y ejemplares, como lo advirtió el señor Castillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 89. *n.* 98., y se deduce de la *ley única ff. de Offic. Præfec. Prætor.*, y de la 14. *ff. ad Leg. Cornel. de falsis*, ibi: *Sic enim inveni Senatum censuisse*; no podia esperarse que unida la autoridad á la razon, demostrada en los fundamentos que se han referido, dejase arbitrio para introducir la novedad de hacer judicial y contencioso el conocimiento de las fuerzas y su decision. Pero como es dificil poner límites á los grandes entendimientos, y alguna vez se han hallado nuevos y ventajosos descubrimientos que no habian parecido en muchos siglos; acaso con esta idea, y excitado del celo de dar mayores realces á la autoridad real, se aventuró el ilustre colegio de abogados de Madrid á decir en el informe, que hizo al Consejo en 8 de Julio de 1770 sobre las seis teses, que defendió el bachiller don Miguel de Ochoa, en la universidad de Valladolid, el dia 31 de Enero del propio año, «que »el conocimiento de las fuerzas era ju»dicial con uso de jurisdiccion tem»poral.»

11 Los antiguos establecimientos, y las opiniones constantemente recibidas, merecen las mas altas recomendaciones en su permanencia, resistiendo toda novedad que las altere. Esta es la regla que mandan guardar las leyes y los cánones, y la que siguen los autores mas graves. De ella trató muy de intento el señor Salgado *de Retention. part.* 1. *cap.* 6., exponiendo los graves daños que causa la novedad, señaladamente en la turbacion de la república, cuando se opone á las costumbres laudables, generalmente recibidas y usadas. Si la novedad no presenta alguna utilidad evidente, es detestable por todos los derechos; y á veces la utilidad no compensa el daño que produce.

12 En la nueva opinion del citado informe no descubro yo ventaja considerable á beneficio de la autoridad real ni de los vasallos. El rey tiene bien asegurado su poder en el uso de alzar las fuerzas, así por las leyes y autos acordados como por la observancia del Consejo, chancillerías y audiencias, y ademas por el dictámen uniforme de los autores mas sabios, fundado en todos los derechos que se han referido. ¿Pues qué mayor valor podrá dar el informe del colegio á la potestad real en este punto, con la nueva distincion de llamarla judicial, excluyendo la voz de extrajudicial, de que han usado los demas autores? Ninguno ha negado que la potestad, que ejercita el rey en los recursos de fuerza, sea temporal. Tambien convienen en que los hechos, que sirven de objeto al conocimiento de los tribunales, son temporales, y estan dentro de los límites de la potestad real; y así en estos dos puntos no hay dife-

rencia entre lo que dice el informe, y lo que asientan y exponen los autores. La única diversidad, que yo observo, consiste en que el colegio limita estos conocimientos al rey, en calidad de juez que los decide, y los autores entienden que no usa de esta prorogativa ó potestad judicial, y si de la que tiene mas alta y expedita para mantener el reino en paz y en justicia, defendiéndolo de insultos y opresiones capaces de alterar la tranquilidad pública, como lo haria un padre de familias, un tutor y un protector con la sola noticia de la violencia que respectivamente padecian, ó se les preparaba, ya les viniese por los mismos, que sufrian esta vejacion, ó por cualquiera otro medio; de manera que las partes denuncian al rey el daño público, é imploran su auxilio, y bien informado S. M. del que padecen, se lo imparte de oficio, removiendo el impedimento que ponen los jueces eclesiásticos á su nativa libertad en la defensa de sus derechos; y esto es lo que se llama remedio defensivo, sin necesidad de ligarse á oir en juicio á las partes, admitir sus contestaciones, ni decidir sus derechos, ni los que corresponden al público.

13 Si se reflexionan los supuestos y discursos que hace el colegio en el citado informe, se percibirá con demostracion la debilidad de esta nueva opinion, que no trae utilidad alguna á la autoridad del rey, ni tampoco hace favor al público.

14 En el *n.* 77. sobre la quinta tesis dice el colegio lo siguiente: «En el »señor Salgado y otros se sienta que el »conocimiento, que la regalía ejerce en »los recursos de fuerza, no es judicial »sino extrajudicial, satisfaciendo con »esta distincion á las cláusulas tremen»das de la bula de la Cena. Nos persua»dimos que el rigor de la constitucion »pontificia puso á un hombre tan gra»ve como el señor Salgado en la preci»sion de buscar esta salida.»

15 Esta es la letra del informe; y en ella se manifiesta que el señor Salgado no alcanzó la verdadera inteligencia de la bula, ni el modo mas propio y natural que indica el colegio, para asegurar la jurisdiccion del rey en el conocimiento de las fuerzas, sin riesgo de experimentar el rigor de la constitucion pontificia en las cláusulas tremendas que contiene.

16 Pero si se pregunta de donde infiere, ó por qué se persuade el colegio que el señor Salgado se vió oprimido de las cláusulas tremendas de la bula de la Cena ó del rigor de la constitucion pontificia, para inclinar su dictámen á que el conocimiento, que la regalía ejerce en los recursos de fuerza, sea extrajudicial, no hallará causa ni fundamento en este sabio autor, en que afianzar la presuncion ó conjetura que propone, antes bien los reconocerá muy sólidos para estimar que la enunciada distincion de extrajudicial es efecto de una voluntad libre de la preocupacion que se le imputa, y de una razon bien meditada sobre los principios del derecho natural, del divino y del positivo, explicados por el mismo autor en muchos lugares de sus obras.

17 Supone el colegio en el citado *n.* 77. que el señor Salgado enseña un camino óbvio y llano contra las leyes de disciplina eclesiástica, que ofenden la regalía, turban la paz, ó de cualquiera modo perjudican al estado.

18 Este camino óbvio y llano se reduce á que las constituciones apostólicas en puntos de disciplina no obligan, cuando su ejecucion ha de producir daño público; y para impedir este daño usa la regalía del remedio de suspenderlas y retenerlas con las suplicaciones á su santidad; pues para asegurar con prévia diligencia este importante fin, está dispuesto muy de antiguo por las *leyes* 21. *y siguientes*, *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Leyes 1. 2. y 3. tit. 21. lib. 1. de la Nov. Recop.) que no se ejecuten sin presentarse primero al Consejo ó chancillerías, y lo mismo se mandó en la Pragmática de 18 de Enero de 1762, y en la de 16 de Junio de 1768, que forman la *ley* 37. *del prop. tit. y lib.*

19 Con solo este conocimento, de que estaba bien instruido el señor Salgado, como lo confiesa el colegio, tenia lo bastante para no temer las cláusulas tremendas de la bula de la Cena,

que sabia el mismo autor no estar recibida en España; pues se habia suplicado de ella por mayor precaucion, sin embargo de no impedir el uso de la regalía en los recursos de fuerza, segun lo demostró el mismo tratando de intento de la enunciada bula, señaladamente en el *cap.* 2. *de Retent. part.* 1., y en el *cap.* 1. *de Regia protectione prælud.* 5. *n.* 245. *y siguientes.*

20 En fuerza de estos antecedentes debió persuadirse el colegio que el señor Salgado llamó extrajudicial el conocimiento que toma la regalía, por dirigirse á la defensa natural, deteniendo y alzando el agravio público, en el momento que el rey y sus tribunales supremos se aseguren por cualquiera medio extrajudicial del daño que han causado, ó intentan causar los eclesiásticos, considerando mas pronta y expedita la defensa natural.

21 Cuando se permitiera el temor que se imputa al señor Salgado, para hacerle declinar á la opinion de que el conocimiento de la fuerza sea extrajudicial, ¿qué dirá el colegio de los muchos autores que dieron el mismo nombre de extrajudicial al uso de la regalía? Es consiguiente que los considere preocupados del mismo temor; y si están libres de esta debilidad, pues no podia caber en tan graves autores ¿qué adelantaría el colegio con que uno de ellos intentase satisfacer con la distincion de extrajudicial á las cláusulas tremendas de la bula de la Cena?

22 Para probar el colegio la nueva opinion que establece, de que el conocimiento que se toma en los recursos de fuerza es judicial, usa de dos argumentos, aunque son de una misma especie, y estriban sobre los propios fundamentos: el uno dice así: «Donde hay »juez y partes, hay juicio. La calidad »de la causa podrá graduar la especie »pero no borrar el concepto genérico »de juicio: luego el conocimiento de »los tales recursos es judicial, aunque »de esfera mas noble.»

23 El segundo argumento se propone en los términos siguientes: «Si la »potestad temporal no fuese competen»te para conocer en tales causas, el ri»to no la preservaria del atentado: lue»go el método ó estilo no es quien dis»tingue el conocimiento.»

24 Yo no hallaria reparo en permitir ó conceder todas las proposiciones y consecuencias de los dos enunciados argumentos: la primera que la potestad temporal es competente para conocer de tales causas: la segunda que el rito, método ó estilo no es quien distingue el conocimiento; y la tercera que donde hay juez y partes, hay juicio.

25 ¿Y qué consecuencias saldrian de estos antecedentes? Ninguna favorable al intento del colegio: porque la potestad que ejerce el rey, aunque es temporal, es económica y defensiva, y no judicial. De aquella usa el rey, y á su nombre los tribunales, de manera que conoce no como juez de la violencia sino como padre de familias, como tutor, como protector, y en fin como encargado privativamente de la defensa natural, que podrian hacer los hombres por sí mismos antes de unirse en sociedad.

26 El rito, método ó estilo es accidental, admitido por los tribunales por mas expedito, breve y seguro, para informarse del hecho de la fuerza, removerla y alzarla. Si por este medio sencillo de ver los autos del juez eclesiástico en las fuerzas de conocer y proceder, en las de no otorgar, y en las de conocer y proceder, como conoce y procede, hallan los tribunales reales la prueba de la fuerza que se intenta; ¿para qué la habian de buscar inútilmente por otros medios, ni dilatar el remedio de la defensa que se solicita? Esta es la razon porque guardan el rito y método, establecido para el conocimiento de estos recursos.

27 Si por el enunciado rito no se conociese seguramente la fuerza que se propone, podrian los tribunales reales prescribir nuevo órden, y alterar el que ahora usan, que es otra de las proposiciones del colegio, en que tambien convengo; y de este principio nace la diferencia que nota el mismo colegio en los recursos de nuevos diezmos y en los de retencion, que llama verdaderas especies de fuerza ó proteccion.

28 Por último reune el colegio la

fuerza de su doctrina en un solo principio, y es que en semejantes recursos la jurisdiccion real nada difine sobre lo espiritual sino sobre lo temporal, fiando la demostracion de todas las partes del principio indicado en los ejemplos que refiere.

29 Yo no hallo reparo en convenir con el colegio en que la jurisdiccion real nada difine sobre lo espiritual, que es la primera parte de su proposicion. Tambien convengo en que solo conoce de lo temporal; pero como no admito, antes bien impugno que este conocimiento sea judicial sino extrajudicial, informativo ó instructivo, cual podria tomar cualquiera otro que estuviese en precision de defenderse, aunque le faltase el carácter de juez, tampoco puedo acceder á que los tribunales reales difinan judicialmente sobre lo temporal en las fuerzas, que refiere el colegio, cuya verdad demostrarán sus mismos ejemplares, pues en los de conocer absolutamente viene solo á declararse que la causa es del todo profana. Esto es lo que dice el colegio al *n.* 82.

30 Yo entiendo que el Consejo y las chancillerías conocen y se informan por la sencilla inspeccion del proceso del juez eclesiástico, de que sus procedimentos tocan en causa profana y en personas legas; y que en este intento ofende y usurpa la jurisdiccion real, oprime á los vasallos, sujetándolos á la jurisdiccion de la Iglesia, de que estan libres, y perjudica por estos respectos al público; y sobre este conocimiento interior del rey y de sus tribunales, que por cualquiera parte que les viniese, excitaria su obligacion á remover el agravio y opresion de la causa pública, imparten el auxilio de la natural defensa, remitiendo los autos al juez real á quien corresponden, ó reteniéndolos, como se hace algunas veces.

31 Este es el resúmen del recurso de fuerza de conocer absolutamente, sin que contenga decision ni sentencia, ni difina cosa alguna sobre lo temporal: porque no es lo mismo conocer que difinir: no es lo mismo impedir la fuerza, alzar, ó enmendarla por el mero hecho de remitir los autos al juez real, que difinir sobre lo temporal, hacer juicio de su causa, ó dar sobre ella sentencia, que es un equivalente, segun la *ley* 1. *tit.* 22. *Part.* 3. «Juicio en »romance tanto quiere decir, como sen»tencia en latin.»

32 Aunque la fuerza se introduzca solamente sobre no otorgar, si por el proceso del eclesiástico halla el tribunal real que se ha entrometido en causa profana contra legos, ofendiendo por cualquiera medio la jurisdiccion real, la defiende con la remision de los mismos autos al juez seglar, quedando *circumducta* la fuerza introducida de no otorgar. Esta es la doctrina sólida del señor Covarrubias en el *cap.* 35. *de sus Prácticas*, *vers. At si Laicus*, del señor Ramos *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 52. *n.* 2., y la que observan todos los tribunales, manifestando el concepto de que solo proceden por una providencia ó remedio defensivo, sin necesidad de partes que promuevan esto; pues en tal caso no las hay para el intento, porque limitan su instancia á la fuerza de no otorgar.

33 El *auto acordado* 4. *tit.* 1. *lib.* 4. dice al *num.* 2. que «para remedio del »primer abuso, cuando el eclesiástico »intenta proceder al conocimiento de »causas, ó bienes *mere laicos*, y perte»necientes á la jurisdiccion temporal, »me consultó que por derecho, leyes, »y costumbres de estos Reynos tiene la »suprema regalía el defensivo de las »fuerzas.»

34 La *ley* 16. *tit.* 6. *lib.* 3. *de la Rec.* (Ley 9. tit. 1. lib. 4. de la Nov. Recop.) que forma uno de los capítulos de la instrucion que se da á los asistentes, gobernadores, corregidores y jueces de residencia del reino, les encarga muy estrechamente la defensa de la jurisdiccion real en lo que la impidieren, ó usurparen los jueces y ministros de la Iglesia; y cuando no alcancen sus oficios, que lo hagan saber luego al rey para que lo mande remediar.

35 Las *leyes* 14. *y* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 4. tit. 1. lib. 2. y 12. tit. 1. lib. 2. de la Nóv. Recop.) mandan igualmente que se defienda la jurisdiccion real, cuando la impidan ó turben los jueces eclesiásticos, y da licencia para que resistan, si fuere me-

nester, á los fiscales y ejecutores de los eclesiásticos, que intentaren prender ó embargar las personas y bienes de los legos.

36 En todas las leyes referidas se conserva la substancia y el nombre de ser puramente defensivo el remedio de las fuerzas, sin ligar el conocimiento á que sea judicial, ni á que se embarace en el rito, método ó estilo; pues basta que por cualquiera medio se asegure el rey de que el eclesiástico ofende su jurisdiccion, impidiéndola, ó usurpándola, con lo cual se turbaria la república, y padecerian los súbditos y naturales de estos reinos la opresion de ser juzgados en sus personas y en sus bienes por los que no tienen jurisdiccion alguna sobre ellos.

37 El señor Salcedo *de Leg. Polit. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 22., y el señor Ramos *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *capit.* 52., se hacen cargo del argumento y consideraciones, que se proponen contra la autoridad del rey y de sus tribunales, para conocer y declarar las fuerzas que hacen los jueces eclesiásticos, especialmente las de conocer y proceder. Reducen estos autores todo el valor de las indicadas consideraciones á la igualdad y absoluta independencia que tienen entre sí, para conocer de lo que está encargado al sacerdocio y al imperio, y á que conociendo la potestad eclesiástica de alguna causa, que concibe corresponder á su fuero, si se la opone la excepcion ó nulidad de su conocimiento, parecia que debia decidirse esta cuestion ó controversia por la misma potestad eclesiástica, como mas noble y excelente, segun el fin de su institucion, ó que á lo menos siendo iguales las dos potestades, y excitándose la duda sobre á cuál de ellas corresponde el conocimiento de la causa, esto es, si está en la clase de espiritual ó eclesiástica, ó de puramente profana, debia decidirse por árbitros, y no obligar al eclesiástico á que esté y pase por lo que digan y declaren en causa propia el rey y sus tribunales.

38 En satisfaccion á este argumento responden los dos autores y otros muchos, contestando la igualdad de las dos jurisdicciones en su orígen y causa, y que la real no ejerce autoridad ni jurisdiccion en decidir estas controversias, pues su conocimiento es extrajudicial, y su potestad defensiva para repeler el despojo violento que padece la jurisdiccion real, mezclándose sin su audiencia la eclesiástica en conocer de las causas profanas entre legos.

39 La nueva opinion del colegio se embarazaria con el argumento indicado, rozándose con la grave dificultad que promueve, sino toma el medio sólido que por acuerdo de tantos sabios se ha tenido por el mas seguro y conveniente para serenar estas competencias.

40 Por las mismas doctrinas se demuestra que la parte principalmente interesada en continuar el conocimiento de la causa, que habia radicado el juez eclesiástico en su fuero, es el mismo juez y su jurisdiccion; y si el conocimiento y declaracion de la fuerza fuese judicial y en uso de jurisdiccion, aunque se llame extraordinaria, resultaria que la ejercia el seglar contra persona eclesiástica, quitándola el derecho que ella misma pretendia corresponderla; lo cual repugnaria con los principios, que eximen á los jueces eclesiásticos de la potestad temporal, para no ser traidos á su juicio; y se convenceria en estos casos que no habia juez y partes que disputasen en este juicio sus respectivos derechos.

41 Cuando lo hacen dos jueces ordinarios eclesiásticos, que pretenden corresponderles en primera instancia el conocimiento de alguna causa, que notoriamente es del fuero de la Iglesia, interpone el rey su autoridad suprema para sosegar estas controversias que turban la paz pública; y dispensa su real auxilio al ordinario competente, remitiéndole la causa en uso de la proteccion del santo Concilio de Trento; y si conoce de la usurpacion de la jurisdiccion, y contra el que la ejecuta, se declara que en conocer y proceder hace fuerza.

42 ¿En dónde estan aquí las partes ni el juez para que se pueda llamar judicial este conocimiento, ni que se

use de autoridad de jurisdiccion sino de la suprema regalía económica, que se interesa en el buen gobierno de su reino, para serenar y componer las turbaciones y discordias que se excitarian, si por un conocimiento instructivo, extrajudicial y brevísimo no atendiese á mantener la tranquilidad pública, que es el primer objeto de su oficio? Lo mismo se dispone en la *ley* 62. *n.* 25. *tit.* 4., y en la 81. *tit.* 5. *lib.* 2.

43 En los recursos de nuevos diezmos que, como dice el colegio, son especies de fuerza, y en mi dictámen corresponden á las de conocer y proceder, como se fundará en el capítulo en que se trate particularmente de ellos; conoce el Consejo que todo el resúmen de este negocio consiste en que el juez eclesiástico intenta exigir diezmos de algunos frutos, de que antes no se habian pagado: el pueblo ó la mayor parte de él propone que ha percibido íntegramente todos estos productos de sus tierras y posesiones, sin deducir ni pagar parte alguna por razon de diezmos: que en esta posesion quieta y pacífica estuvieron mas de cuarenta años, que es el tiempo suficiente para formar costumbre legítima y prescripta: que la novedad de exigir diezmos en estas circunstancias introduce una turbacion y escándalo general en el pueblo; y esta es la causa próxima que excita la atencion del rey á interponer su real autoridad para mantener en paz la república, que es un oficio propiamente defensivo sin mezcla de jurisdiccion ni de conocimento judicial en la materia: porque ni las personas que pretendian la paga de diezmos como son los obispos y cabildos, ni los jueces eclesiásticos, que conocian de estas causas, podian venir como partes al conocimiento judicial de la jurisdiccion real.

44 Todas las partes del resúmen antecedente se prueban por la letra de la *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 7. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) que dice así: «Porque en algunas Villas, y »Lugares no se paga diezmo de la renta de las yerbas, y pan, y otras cosas; »y somos informados que agora nuevamente algunos Obispos, y Cabildos lo »píden, y fatigan sobre ello á los Pue»blos ante Jueces Eclesiásticos: mandamos á los de nuestro Consejo que, »llamadas las personas que vieren que »cumple, platiquen sobre ello, y lo »provean como convenga; y entretanto no consientan, ni den lugar que se »haga novedad; y para ello den las »Cartas y Provisiones necesarias, así »para los Perlados y Cabildos, como »para los Conservadores, y otros Jue»ces que conocen dello, y para que »remitan los procesos al nuestro »Consejo.»

45 En el principio de esta ley se motiva la queja del recurso en dos partes: una que en algunas villas y lugares no se paga diezmo de las rentas de yerba, pan y otras cosas; y aunque no explica el tiempo en que no lo hayan pagado, consideran los autores y el Consejo que no es suficiente el momentáneo, sino que se ha de extender al necesario para formar legítima costumbre.

46 La segunda parte consiste en que despues de la costumbre en contrario se pida el diezmo por los obispos y cabildos, y esta novedad fatiga á los pueblos, turba su tranquilidad, y es la causa próxima de la fuerza.

47 Para alzar y quitar esta fuerza quiere el rey que el Consejo tome dos providencias: una perpetua, *ibi*: «que »llamadas las personas que vieren que »cumple, platiquen sobre ello, y lo »provean como convenga.» ¿Qué forma hay aquí de juicio, qué método ni rito? ¿No es todo un conocimiento libre y arbitrario del Consejo, informándose de las personas que le pareciere, y platicando con ellas sobre el asunto? La providencia ó resolucion, que encarga el rey al Consejo ¿no está pendiente de su prudencia y dictámen, cuya seguridad se afianza en lo que platique con las personas que le pareciere, sin contar con los obispos y cabildos que piden los diezmos, ni con los jueces eclesiásticos que intentan conocer de ellos, ni con las villas y lugares que promueven su queja? ¿Pues qué mas claro ha de estar que en esta providencia obra el rey y su Consejo por medios extrajudiciales,

para informarse y asegurarse de lo que sea mas conveniente?

48 Como no se ha formado este establecimiento permanente, gobierna el interino que se dió al mismo Consejo en la última parte de la citada ley, *ibi*: «Entretanto no consientan, ni den lugar que se haga novedad.» Este es el fin de las cartas y provisiones que se mandan librar para que remitan los procesos al Consejo.

49 Todo lo que se vea en ellos, y lo que propongan las partes en las instancias de vista y revista, sirve únicamente para informar al Consejo de los hechos que se motivan en el recurso; esto es, que la villa ó lugar que lo introduce, no ha pagado diezmo de los frutos que expresa, sino que los ha percibido íntegramente por el tiempo considerable y suficiente para formar costumbre legítima: que despues de ella los obispos y cabildos pedian los diezmos de dichos frutos ante jueces eclesiásticos. Estos dos supuestos son los hechos preliminares á que debe atender el Consejo. Todo lo demas que se trata en este recurso es consecuencia que resulta necesariamente, y consiste en la novedad, turbacion y escándalo que produce, y en el mandamiento con que se ataja, dirigido á que no se haga.

50 Por este resúmen se manifiesta que nada decide el Consejo ni sobre la costumbre precedente ni sobre los derechos de las partes, sino que únicamente provee que no se haga novedad; pues con esto solo remueve la turbacion y escándalo del pueblo, mantiene su tranquilidad, y le deja enteramente libre de la fuerza y opresion que le imponian.

51 Cuando el colegio quiera deducir, por una consecuencia remotísima, que en el recurso de nuevos diezmos se viene á declarar con la ejecutoria del Consejo que no hay costumbre en un pueblo ó provincia de pagar el diezmo que se pide; me parecia que vendria á declararse que habia costumbre de no pagar diezmos: porque sin ella, aunque no la hubiese de pagarlos, no tendria lugar el recurso.

52 Demuéstrase esta verdad por los mismos hechos sencillos que se proponen. Dice el pueblo que no ha pagado diezmo de tales frutos, prueba que es así, y que no lo ha hecho en cuatro ó seis años. Este tiempo no es suficiente para formar costumbre, y se dirá con verdad que no la hay, y no tendrá lugar el recurso; y para autorizarse con la ejecutoria, era preciso que viniera á declararse que habia costumbre en el pueblo de no pagar diezmos.

53 En los recursos de retencion de bulas, descifrada el alma del decreto del Consejo, solo se significa en el que la regalía ó la causa pública se ofenden por la bula que se retiene, que es tambien cosa de hecho y temporal. Esto es lo que dice el colegio al *número* 84. con el mismo intento de probar que el conocimiento del Consejo es judicial, y que decide en uso de su jurisdiccion real el hecho temporal que significa.

54 Este ejemplar recibe la misma sólida satisfaccion que los antecedentes, reducida á confesar que el daño de la regalía y de la causa pública es la causa próxima y necesaria de la fuerza, y la que obliga á los reyes á detenerla, ó alzarla por los medios que establecen las leyes, de los cuales trataré separadamente en lugar mas oportuno.

55 Convengo tambien en que es necesaria alguna discusion y conocimiento de los hechos y causas que aseguren el daño público que se pretende evitar; pero no se miran estos antecedentes como causa del recurso ni como materia de la decision, pues sin interponerla se llega al mero hecho de no dar pase á la bula, ó retenerla si se hubiese concedido.

56 El primer decreto corresponde á la sala de gobierno, y el segundo á la de justicia, sin que ni en uno ni en otro se descubra por el tenor de las leyes que el Consejo usa de jurisdiccion en el conocimiento de estos hechos, ni que da sentencias sobre ellos; pues se contiene en la facultad de impedir el daño público, defendiendo á la república de la vejacion que padeceria.

57 En la fuerza de no otorgar toma conocimiento el tribunal real de la calidad de la apelacion y de su legitimidad, de si se interpuso en tiempo y forma, de si tuvo la parte justo impedimento que no la permitió hacerlo, de si la justicia de la sentencia del eclesiástico es tan clara y notoria por su proceso, que no deja esperanza de mejorarla, quedando de consiguiente la apelacion en el concepto de frívola y maliciosa. Todos estos puntos, aunque tienen conexion con la justicia de la causa principal, y con las disposiciones de derecho que justifican la legitimidad de la apelacion, vienen necesariamente al conocimiento de los tribunales reales; pero los mira como instructivos de la justicia y legitimidad de la apelacion, y no los decide, ni declara, ni las partes que siguen la causa ante el eclesiástico, lo son en este recurso en cuanto á estos conocimientos preliminares; y así reducen el Consejo y las chancillerías su autoridad al simple mandamiento, de que el juez eclesiástico otorgue y reponga, removiendo por este medio la opresion que sufria la parte, para que use de la libertad y del derecho natural de la apelacion.

58 El señor Salgado *de Regia*, *parte* 1. *cap.* 1. *prælud.* 5. *desde el n.* 211. *y en el cap.* 2. *n.* 182. se hace cargo de los antecedentes referidos; y considerando que darian motivo para imputar al tribunal real, el que se introducia á conocer de la justicia de la apelacion, y de la respectiva á la causa y sentencia principal del juez eclesiástico, dice en satisfaccion á este reparo que el conocimiento del tribunal real se limita á instruirse de un hecho que consiste en no haber admitido el juez eclesiástico la apelacion, sin que pase á decidir ni determinar su justicia, ni causar perjuicio al derecho de las partes.

59 Con mayor claridad explicó este pensamiento Pereyra *de Man. Reg. capit.* 4. *n.* 8. ibi: *Quare cum judex, etiam si servet juris ordinem, potest cum manifesto errore, vel iniquitate procedere, vel cum jurisdictionis patenti defectu, ejus excessus non aliter cerni potest, quam ipsis actis inspectis ab eo, qui illius excessus corrigere potest, in qua cognitione, licet aliquod jus involvatur, quia articulus violentiæ sine juris discussione intelligi nequit, adhuc illa cognitio dicitur facti, licet admixtum habeat jus, quia eo casu, juris discussio non principaliter intervenit, sed secundario: quia quamvis apud doctos illa quæstio dubio careat, tamen apud minus doctos oportet, ut inspecto jure decidatur, librique, et doctores consulantur.*

60 Esta distincion entre conocer y decidir, sin usar en lo primero de jurisdiccion, la presenta la *ley* 5. *ff. de Re judicat.* ibi: *Ait Prætor, cujus de ea re jurisdictio est, melius scripsisset, cujus de ea re notio est: etenim notionis nomen etiam ad eos pertineret, qui jurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia causa notionem.*

61 Cuando se trata como causa principal del valor del matrimonio, y de la legitimidad de los hijos que nacen de él, ó del influjo del matrimonio subsiguiente con respecto á los que nacieron antes, toca el conocimiento de estos puntos y sus decisiones al fuero de la Iglesia; pero si el Consejo examina y toma conocimiento de estos mismos artículos por incidencia, y como preliminar instructivo del derecho que pretenden fundar las partes á la sucesion del mayorazgo ó á otros objetos puramente temporales, de que conoce principalmente este tribunal, le sirven para formar su dictámen en la decision de la causa principal; de manera que declara no haber lugar á la sucesion el que no probó la legitimidad apetecida por el fundador, pero no puede decirse que viene á declarar el defecto de legitimidad, ni el concepto de la que halle probada; y esta es otra demostracion de que no es lo mismo conocer que decidir.

62 En muchas causas graves de que ha conocido el Consejo sobre la tenuta y propiedad de mayorazgos, he visto excitarse estos puntos, y disputarse seriamente si se habia de suspender la causa principal entretanto que se decidian por el juez eclesiástico; y

últimamente se resolvió que el Consejo puede conocer de estos artículos como incidentes del hecho, y formar sobre ellos su dictámen para gobernar y asegurar el de la causa principal.

63 Me ha parecido preciso detenerme algo mas en el exámen y satisfaccion de la nueva opinion introducida por el colegio en su citado informe, porque la grave autoridad de un cuerpo notoriamente sabio en todos los ramos de teórica y práctica haria seguir su doctrina con preferencia á la que dictaron de conformidad otros muchos autores antiguos; y sin duda se creerian obligados en lo sucesivo á decidirse por la opinion del colegio, atendida la circunstancia de haberse insertado su informe en la real provision expedida por el Consejo en 6 de Setiembre del año de 1770.

## CAPÍTULO XI.

*Los autos de fuerza en conocer y proceder, en no otorgar, y en conocer y proceder, como conoce y procede, no son suplicables, ni conviene que lo sean.*

1 Se ha demostrado en el capítulo próximo con razones muy sólidas, y por unánime consentimiento de los sabios, á que se añade el uso constante de los tribunales supremos, que el conocimiento en los referidos autos de fuerza es extrajudicial, informativo y arreglado á los límites de una justa y natural defensa. Con solo este antecedente queda desde luego excluida la súplica de las providencias que se toman para impedir ó alzar la fuerza, por ser limitada la suplicacion á los autos judiciales contenciosos.

2 Pruébase esta proposicion por notoriedad de las leyes, y por comun sentir de los autores. La *ley* 4. *tit.* 24. *Part.* 3. dice: «Una de las cosas, por»que mas señaladamente los omes pue»den pedir merced al Rey, es quando »son judgados por él ó del Adelantado »mayor de su Corte, de que no se »pueden alzar, que sean oidos otra »vez sobre aquel juicio, é quel mejore, »si fallare razon porque lo aya de fa»cer. Pero esto se entiende de aquel jui»cio, que el Rey, ó el Adelantado die»se, conociendo del pleyto, principal»mente encomenzándose antel.»

3 La *ley* 6. *del propio tit. y Part.* dispone lo siguiente: «Desde que la »sentencia fuere dada por el Rey, ó »por el Adelantado mayor de la Corte, »fasta diez dias, puede pedir merced la »parte, que se tuviere por agraviada, »que le oya sobre ella. E si estonce le »fuere otorgada esta merced, puédese »mandar cumplir el juicio, si es dado »sobre cosa mueble, ó raiz; dando fia»dores el vencedor, que tornará todo »aquello de que fué entregado, si el »Rey tuviere por derecho, de desfacer »aquella sentencia, que era dada por él.»

4 La *ley* 2. *del propio tit. y Part.* permite á todo hombre libre pedir merced, y excluye á los siervos, salvo cuando estos pueden estar en juicio. En todas las leyes referidas, y en la 8. *tit.* 18. *Part.* 4., se limita la facultad de pedir merced al rey ó al adelantado mayor de la córte en los pleitos y causas, de que conocen en juicio, y en que dan sentencia, como se manifiesta por las literales expresiones que contienen.

5 Esta merced ó gracia fué equivalente á la súplica, de la cual se usa ahora en los tribunales como remedio ordinario de justicia. Así lo establece con otros autores Maldonado *de Secund. supplicat. tit.* 1. *quæst.* 1. *número* 25.; y con sola esta reflexion se manifiesta que la súplica debe guardar la propia naturaleza y calidad, en cuanto á admitirse solamente en los pleitos y juicios contenciosos en que se da sentencia.

6 Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 13. ofrece en su doctrina y en la de otros muchos autores que refiere, la prueba mas cabal de la regla insinuada; esto es, que los actos y procedimientos extrajudiciales no reciben apelacion ni súplica. Lo mismo establece en el capítulo 15. siguiente, desde el *n.* 61., expresando en uno y otro lugar los casos y negocios en que se procede extrajudicialmente á diferencia de los que se sujetan á las formalidades del juicio.

7 Para convencer por otro medio que los autos de fuerza en los tres ca-

sos referidos no admiten por su naturaleza suplicacion, quiero permitir por un momento que fuesen judiciales, y sin embargo no serian suplicables segun las leyes antiguas y modernas.

8 El grande Constantino elevó la autoridad y dignidad del prefecto pretorio á tan supremo grado, que su sentencia era igual en todo á la que daba el mismo emperador, haciendo con ella sola cosa juzgada invariable y ejecutiva, sin permitir apelacion, reclamacion, ni contradiccion alguna. Así lo dispuso en la *ley* 16. *de Appellationib. Cod. Theod.*

9 En el principio de la ley se mencionan los jueces que conocian de las causas á nombre del emperador, pero con alguna desemejanza y sin representacion inmediata, de los cuales permite que se pueda apelar, ibi: *A proconsulibus, et comitibus, et his, qui vice præfectorum cognoscunt, sive ex appellatione, sive ex delegato, sive ex ordine judicaverint, provocari permittimus*; pero exceptúa de esta regla al prefecto pretorio, y dispone que su sentencia cause ejecutoria de cosa juzgada sin admitir apelacion, ibi: *A præfectis autem prætorio, qui soli vice sacra cognoscere verè dicendi sunt, provocari non sinimus, ne jam nostra contingi veneratio videatur.*

10 En lugar de esta dignidad usada entre los romanos, se subrogó en España el adelantado mayor de la corte, á quien se dió igual preeminencia, como lo dice la *ley* 8. *tit.* 18. *Part.* 4. ibi: «La tercera manera es, quando »eligen alguno para Prefecto Pretorio; »que quier tanto decir, como Adelan»tado mayor de la Corte, que es pues»to como en logar del Rey::::: E este »atal es puesto en tan honrada digni»dad, ca así como non pueden apelar »de la sentencia, que da el Emperador, »ó el Rey, bien así non pueden alzar»se de la que diese este atal; mas pué»denle pedir merced, que vea, ó »emiende su sentencia, si quisiere:» *ley* 4. *y* 6. *tit.* 24. *Part.* 3.

11 En lugar del adelantado mayor se subrogó el Consejo Real, representando inmediatamente la suprema autoridad del rey en el gobierno y administracion de justicia, y acabando con sola su sentencia el pleito de que conoce, sin admitir apelacion ni suplicacion, como remedio ordinario de justicia, pues lo excluia su calidad y naturaleza; teniéndose por cierto que no podria mejorarse lo que fuese una vez juzgado por el rey ó por su Consejo, como lo estimaron los romanos del prefecto pretorio, ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia, ac luce dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus.*

12 La merced ó gracia que dispensaban los reyes, el adelantado mayor de la córte y el prefecto pretorio para que se viese y examinase nuevamente el proceso en que habian dado su sentencia, fué equivalente á la súplica que conceden generalmente las leyes de la primera sentencia que da el Consejo y las chancillerías, ya se empiece el pleito en estos tribunales, ó ya venga á ellos por apelacion ó recurso; y ni en las leyes antiguas ni en las de la nueva Recopilacion hay ejemplar ni memoria de que se permita suplicar de los referidos autos de fuerza, limitándose la súplica á las causas que se empiezan, ó siguen en juicio contencioso sobre materia correspondiente al fuero y jurisdiccion secular.

13 No solo omitieron las leyes hacer memoria de la súplica en los negocios de fuerza que vienen al Consejo y á las chancillerías, que seria prueba suficiente para entender que no la recibian por su calidad y naturaleza, sino que si en algun caso se quiso interponer apelacion de los autos de fuerza de conocer y proceder, que proveyó la audiencia de Galicia, se declaró y mandó que la chancillería de Valladolid no se entrometiese á conocer, ni conociese de las tales causas por apelacion ni en otra manera alguna: *ley* 35. *título* 5. *libro* 2. *de la Recop.* (Ley 7. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.)

14 La *ley* 1. *y otras del tit.* 1. *lib.* 3. (Ley 3. tit. 2. lib. 5. de la Nov. Recop.) permiten que las partes puedan apelar á la chancillería de Valladolid, en las

causas civiles y criminales que señala; y cuando se duda si concurren la entidad y calidad en dichas causas, toca su conocimiento y decision á la propia chancillería, como se dispone en la *ley* 68. *del mismo tit. y lib.* (Ley 38. tit. 2. lib. 5. de la Nov. Recop.)

15 No se impide la apelacion de lo que determinaren los alcaldes mayores del reino de Galicia en los pleitos eclesiásticos y negocios que mandan traer ante sí por via de fuerza sobre otorgar, reponer, ó remitir, porque haya en ellos alguna particular circunstancia con respecto á esta audiencia, sino por la razon comun y general que conviene á estas causas y recursos, en cualquiera tribunal que se vean por via de fuerza; y las leyes que se establecen sobre este fundamento comun, aunque se dirijan por algun caso particular ocurrido, ó que ocurra mas frecuentemente á un pueblo ó tribunal, producen el mismo efecto general para los mismos casos ú otros semejantes.

16 La *ley* 13. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop.* (Ley 4. tit. 25. lib. 5. de la Nov. Recop.) prohibe que se cierren ó adehesen los cortijos, heredamientos, ó tierras que los señores reyes católicos habian concedido en los términos de las ciudades, villas y lugares del reino de Granada; y manda que la yerba y otros frutos que naturalmente lleva la tierra queden libres, para que todos los vecinos de las dichas ciudades, villas, lugares y sus términos los puedan comer con sus ganados, bestias y bueyes de labor, no estando plantados ó empanados los terrenos.

17 La *ley* 14. (Ley 14. de id.) siguiente anula la ordenanza de Avila que permitia dehesar los heredamientos de dominio particular, y dispone que los dejen abiertos para igual aprovechamiento de pastos y demas frutos, que naturalmente lleva la tierra.

18 Aunque estas dos leyes se establecieron por las causas que ellas indican, y con respecto á los pueblos que señalan, tienen el mismo efecto en lo general del reino, y así las entienden, como todas las demas que nacieron de casos particulares, los autores que tratan de unas y otras, especialmente Otero *de Pascuis*, *cap.* 16. *n.* 8.: Acevedo *sobre la citada ley* 14. *del tit.* 7. *lib.* 7. *n.* 6., y en la *rub. del título* 4. *lib.* 3. Fúndanse estos autores en que su razon es general, dirigida á sostener la utilidad pública, y en que siendo este el espíritu de la ley, se prefiere á sus palabras, y se entiende que quiso el príncipe la guardasen generalmente todos, como lo explicó Vinnio sobre el §. 6. *Institut. de Jur. natur. gent. et civil.*

19 Pues sino hay ley que permita suplicar de los referidos autos de fuerza, antes bien se prohibió apelar de los que diese la audiencia de Galicia: si los tribunales mas altos del reino no han usado ni admitido esta súplica, ni los autores la han conocido; y por otra parte nos dice la *ley* 6. *tit.* 2. *Part.* 1. hablando de las leyes: «Que »ansi como acostumbraron los otros de »la entender, ansi debe ser entendida, »é guardada;» y la *ley* 23. *ff. de Legibus*: *Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt*; ninguno podrá excitar la novedad de que se introduzca y use la súplica de los enunciados autos de fuerza, sin riesgo de caer en graves inconvenientes con perjuicio de la causa pública, que es el fundamento de la segunda parte de este capítulo, en la cual se demostrará que no conviene que se suplique de dichos autos.

20 Con solo presentarse esta súplica con el semblante de novedad causaria el daño positivo de turbar la república y llenarla de escándalo, cuyo efecto es propio de toda novedad contraria á los usos y costumbres antiguas, especialmente cuando éstas son laudables, y de las circunstancias que recomiendan las que hasta ahora se han observado por los tribunales, ejecutando los autos de fuerza indicados, sin admitir súplica ni otro recurso alguno, ni haber ejemplar de que el rey la haya concedido por merced ó gracia.

21 Yo he asistido en el Consejo á un expediente en que se suplicó del auto de fuerza de conocer y proceder, no con respecto á lo principal, sino á la condenacion de costas, y á

la multa que se impuso al juez eclesiástico que habia tomado conocimiento de este negocio; y oido el señor fiscal, se multó en trescientos ducados al abogado que introdujo el recurso, y se declaró no haber lugar á él; y aunque usando de equidad se dignó S. M. exonerarle de dicha multa, quedó en todo su vigor la resolucion del Consejo.

22 El señor Salgado *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 6. reunió todas las consideraciones que hacen conocer el gran daño que trae la novedad, y la diligencia que se debe poner en precaverla é impedirla. Solo en un caso es la novedad tolerable, que es cuando la utilidad que presenta es desde sus principios evidente; de manera que convenciéndose de ella á primera vista los que han de obedecer y cumplir lo que nuevamente se establece contrario á los usos y costumbres antiguas, falta la causa de la turbacion y escándalo.

23 San Agustin conoció bien la importancia de no romper y atropellar los usos antiguos, aunque fuesen en sí mismos perniciosos; y así los que empezaron con laudable fin en los primeros tiempos de la Iglesia, cuando se juntaban los cristianos en dias señalados á una misma mesa, acabados los ejercicios espirituales que frecuentaban, como se indica en el *cap.* 2. *de los Hechos Apostólicos*, *vers.* 42. *hasta el* 46., y en la *carta* 1. de san Pablo *á los de Cor. cap.* 11. *vers.* 18., y en la *hom.* 27. de san Juan Crisóstomo *sobre el citado cap.* 11., declinaron á poco tiempo en perniciosos y detestables abusos que llamaron toda la atencion de los obispos para su enmienda; siendo uno de los que mas trabajaron en este intento el mismo san Agustin, como lo expresa en su carta 22. al obispo de Cartago; pero aunque deseaba eficazmente su pronto remedio, temió no conseguirlo si usaba de rigor para desterrar el uso y costumbre antigua; y así tomó el partido de no aventurar á que la novedad no fuese recibida por los que estaban preocupados de antigua práctica, hasta instruirlos por medios suaves de los males que producia, para que con este conocimiento fuese poco á poco separándose de ella.

24 Todos los derechos recomiendan la brevedad posible en la ordenacion y decision de los pleitos: *ley* 9. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Rec.* (Ley 1. tit. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.), *cap.* 2. *ext. de Sent. et re judicat.*, *cap.* 5. *ext. de Dolo et contumac.*, *Clement.* 2. *de Judiciis*, con otros muchos lugares comunes que prueban el intento; y si los autos de fuerza admitiesen súplica, necesariamente se dilatarian con mayores gastos de las partes y grave perjuicio de la causa pública, que es otro inconveniente muy considerable.

25 La nueva gracia ó merced de permitir suplicar de dichos autores debia ser comun á las partes, como lo son todos los términos del juicio, aun los de prueba, que se conceden por restitucion á los privilegiados: *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Rec.* (Ley 3. tit. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.), y con esta nueva instancia quedaria en suspenso la causa principal, ya correspondiese á la jurisdiccion real ó á la del eclesiástico, hasta tanto que se causase ejecutoria con la sentencia ó auto de revista.

26 La súplica lleva siempre el fin de la natural defensa de las partes, señaladamente en que puedan mejorarla proponiendo nuevos artículos, y probándolos, cuyo efecto es comun á la apelacion, aunque en este remedio entra la desconfianza de que los jueces inferiores diesen la sentencia por ignorancia ó malicia: *ley* 1. *tit.* 23. *Part.* 3.: *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4.: *ley* 4. *y otras del tit.* 9. *lib.* 4.: *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellationib.*: *ley* 4. *Cod. de Tempor. et reparat. appellation.*

27 Pero cuando los hechos del pleito estan purificados en el proceso por confesion de las partes ó por otro medio igualmente notorio, no puede tener lugar la súplica, ni admitirse la en que se interponga prueba de alguna cosa, que probada no aprovecharia para dar juicio en la causa: *ley* 31. *título* 16. *lib.* 2.: *ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Rec.* (Ley 4. tit. 9. lib. 11.; y 5. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Rec.); y esto es lo qué sucede en los autos que vienen por via

de fuerza en los tres casos propuestos, pues resulta de ellos mismos la materia de que se trata, la calidad de los autos, y la inversion del órden legal en que respectivamente se motivan las fuerzas.

28 Pues si las partes, aunque suplicasen de los autos de fuerza, no pueden esperar mejorar de suerte con alegacion y prueba de nuevos artículos, supuesto que constan los necesarios del mismo proceso, ni les permiten las leyes que imputen á los ministros de los tribunales superiores ignorancia ó error de los derechos, ni menos malicia en su decision, por la grande autoridad que los defiende de estas imposturas, señaladas en la citada *ley única ff. de Offic. Præfect. Prætor.*, se convence por todos los medios que la súplica seria en estos casos frívola, maliciosa y destituida de toda la razon que movió á los reyes para permitirla en los juicios que dan sus tribunales supremos.

29 El argumento de que hacen uso los que se inclinan á la novedad, de que se permitiese la súplica en los casos referidos, consiste en la que reciben los recursos de nuevos diezmos y los de retencion de las bulas apostólicas, siendo unos y otros correspondientes á una especie de fuerza ó proteccion.

30 De la naturaleza y calidad de estos dos recursos, y de la razon fundamental que justifica el órden y progresos de la súplica, á diferencia de los que corresponden á las tres fuerzas indicadas, trataré separadamente en los dos capítulos siguientes.

# PARTE SEGUNDA.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### *Del recurso de nuevos diezmos* (16).

1 La *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Rec.* (Ley 7. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) da una idea confusa de la materia, del órden y del fin de este recurso; los autores la tratan con diminucion y oscuridad; el Consejo es el maestro mas seguro en su estilo y en sus resoluciones; pero como no las funda, ni explica, solo las percibe y entiende el que las oye de cerca, y medita seriamente sus intenciones. Por lo mismo se carece generalmente de la instruccion necesaria para proponer, ordenar y resolver estos procesos, en los cuales se ofrecen graves dificultades, y su conocimiento se facilitará con claridad distribuyendo en tres partes la citada ley.

2 En la primera parte dice la ley: «Porque en algunas Villas, y Lugares »de estos nuestros Reynos no se paga »diezmo de la renta de las yerbas, y »pan, y otras cosas.»

3 El hecho de no pagar diezmo, que es lo que la ley expresa literalmente, se verifica con un solo acto, el cual no puede ser suficiente para justificar la queja de que lo pidan los ministros de la Iglesia: porque estos fundan su accion en una escritura pública la mas autorizada y auténtica, que contiene las obligaciones de pagarles diezmos de todos los frutos que produzcan las tierras, los ganados y cualesquiera otros bienes. Esto es lo que manda nuestra santa madre Iglesia en su quinto mandamiento, el Concilio Lateranense IV general en el *cap.* 54., el de Constanza del año de 1415, el de Trento en la *ses.* 25. *cap.* 12. *de Reformat.*, y los *cap.* 5. *y siguientes ext. de Decimis*, *con la Clementina* 1. *del propio título*, *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.*, y otras del *tit.* 10. *Part.* 1.

4 Esta obligacion general no solo procede del enunciado precepto de los cánones y de las leyes, sino de una positiva voluntad de los mismos cristianos, con que empezaron á socorrer á los ministros de la Iglesia con la décima parte de todos sus frutos en justa remuneracion del pasto espiritual que de ellos recibian, como mas largamente se fundó en el capítulo cuarto de la parte primera.

5 Pues si el no pagar diezmo es un delito que se hace en contravencion á los cánones y á las leyes, ¿quién podrá quejarse de que se lo pidan sus acreedores, ni auxiliarse de la proteccion real para continuar en su resistencia, defraudando á la Iglesia de su patrimonio y de sus derechos?

6 Esto no puede venir á la imaginacion de los legisladores, y es preciso justificar su intencion, entendiendo el caso de la citada *ley* 6. (Ley 7.), de cuando por no pagar diezmo en algunas villas y lugares salieron sus moradores de la primitiva obligacion en que estaban comprendidos por la ley general, habiendo adquirido por justos títulos su libertad.

7 El título que da el tiempo con el consentimiento y tácita donacion de la misma Iglesia es muy recomendable y conforme á su espíritu; y como la citada *ley* 6. (Ley 7.) no expresa el que sea necesario para ponerse en libertad de no pagar diezmo, queda en esta

parte confusa su disposicion, y es preciso ilustrarla con otros principios, en que tampoco estan conformes los autores.

8 Acevedo en su comentario á la citada *ley* 6. (Ley 7.) *númer.* 4. dice que la costumbre de no pagar diezmos debe ser inmemorial, y que no se admite, siendo de menos tiempo, el recurso que sobre ella se hace al Consejo, ibi: *Et sic de consuetudine in hoc casu est articulandum: et tunc consuetudo talis non solvendi, per laicos allegata, decimam ex certis fructibus immemorialis debet esse, et non minor:::::: Et sic minor consuetudo in hoc casu non admittitur in Regio senatu.*

9 Diego Perez sobre la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 1. *del Ordenam. Real, columna* 123. *vers. Non solvendi.* ibi: *Non solvendi tamen consuetudo præscripta debet, et immemorialis esse*: Rebuff. *in tract. de Decim. q.* 13. *n.* 53. *in fine*, ibi: *In hac consuetudine requiritur tempus, cujus memoria non sit in contrarium*; y en el *n.* 54. *Item à Papa approbata esse debet, cap. in aliquibus in fin. de decimis, quod intelligerem expresse, vel tacite, scilicet per taciturnitatem immemorialem.*

10 Ceballos *q.* 897. *n.* 240. hace memoria de los poderosos títulos que justifican la suprema autoridad del rey en alzar las fuerzas, y refiere entre otros casos desde el *n.* 241, el de cuando los eclesiásticos hacen novedad en materia de diezmos, ó introducen diezmos de nuevo, como de los gusanos de seda, de los palominos y de las soldadas de los mozos, contestando haber visto que los supremos jueces alzaban y quitaban estas fuerzas, y que de otro modo serian gravemente fatigados los súbditos con censuras.

11 Al *n.* 243. señala el mismo autor por novedad suficiente para justificar el recurso la que se hace exigiendo rediezmos, que no se han acostumbrado pagar en los diez años pasados, ibi: *Et tunc dicitur novitas in exigendis istis redecimis, quando petitur quod non est solitum solvi decem annis præteritis.*

12 Hacer novedad en pedir y exigir diezmos de los frutos que no se han pagado en algunas villas y lugares, y hacerla en pedir y exigir rediezmo, son novedades diversas en sus casos y en sus circunstancias, pues de la primera habla la citada *ley* 6., y de la segunda la 7. *del tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 8. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.); y siendo la proposicion de este autor general y comprensiva de la novedad que se hace en materia de diezmos, ó introduciendo diezmos de nuevo, parecia consiguiente que el señalamiento del tiempo suficiente para calificar de novedad la demanda de los eclesiásticos, comprendiese cualquiera caso en materia de diezmos, especialmente cuando se piden de los frutos que no se han acostumbrado diezmar, y que no redujese la asignacion de los diez años á los rediezmos, á menos que entendiese este autor que el mismo tiempo era suficiente en los dos casos referidos; y si esto es así, viene á reducirse su opinion á que los diez años bastan para introducir costumbre de no pagar diezmos, distando tanto de la de Acevedo y demas autores que se han referido, quienes estiman necesaria la inmemorial.

13 Si por alguna particular razon, que no expresa Ceballos en el lugar citado, estimó suficiente el tiempo de diez años en la peticion del rediezmo, vendria á dejar indeciso el que fuese necesario para calificar de novedad la demanda de diezmos de los frutos de que no se hubiesen pagado, y quedaria siempre en oscuridad y desavenencia la opinion de los referidos autores.

14 Avendaño *in cap. Prætor.* 1. *part. cap.* 1. *n.* 32. *vers. Novitas*, dice lo siguiente: *Novitas autem tunc fieri dicitur in exigendis istis redecimis, quando exigitur quod non est solitum exigi decem annis præteritis.* En esto conviene literalmente con la referencia de Ceballos, pero yo entiendo que esta opinion procede sin ley ni razon, como se demostrará en el capítulo próximo, cuando trate de la *ley* 7. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 8. citada.)

15 El señor Covarrubias *lib.* 1. *Variar. cap.* 17. *númer.* 8. *vers.* 9. procede con la regla establecida en la citada *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 7. tit. 6. lib. 1.

de la Nov. Recop.); esto es, que el Consejo conoce por via de fuerza ó proteccion de las demandas que ponen los eclesiásticos para exigir diezmos que por costumbre contraria no se pagaban; y en el *vers. décimo*, dice: *Hanc consuetudinem, quam circa decimas jure observandam esse censemus, ex quadraginta tantum annorum usu sufficientem esse, ut ea legitime præscripta censeatur*; refutando la opinion de los que estiman ser necesario tiempo inmemorial, al cual da lugar únicamente en la prescripcion. De lo expuesto en este lugar hace memoria el mismo señor Covarrubias en el *capítulo* 35. *de sus Prácticas*, *n.* 2. *v.* 4.

16 Fúndase este sabio autor en el *cap. último ext. de Consuetudine*; pero como no se halla en él disposicion positiva que determine ni señale el tiempo de los cuarenta años, solo puede deducirse de las palabras *longævæ consuetudinis::::: et legitime sit præscripta*, que son acomodadas á la que se introduce por el uso de diez ó de veinte años, como expresan las leyes y los cánones.

17 Suarez *de Legib. lib.* 7. *cap.* 18. *n.* 12. entiende ser necesario el mismo tiempo de los cuarenta años para introducir costumbre que sea contraria á las leyes eclesiásticas; y esta es la única razon en que se funda, y con la misma procede la opinion del señor Gonzalez sobre el *cap.* 1. *de Consuetudine*, *n.* 12.

18 Esta última opinion, que conviene en todo con la del señor Covarrubias, autoriza y explica con nuevas consideraciones el crítico Van-Spen, *tom.* 2. *in Jus ecclesiast. univers. cap.* 2. *de decim.* Hace este autor mérito de nuestra ley real y de la inteligencia que la dió el señor Covarrubias, *lib.* 1. *Variar. cap.* 17. *n.* 8., y añade que el autor de esta ley lo habia sido tambien de los edictos anteriores publicados y observados en los estados que poseia en Flandes y en otras provincias; en las cuales mandó que se exigiesen y pagasen los diezmos con arreglo á la condicion ó costumbre de los lugares y regiones, y que los clérigos no intentasen exigirlos de los frutos de que antes no se hubiesen pagado.

19 Motiva este legislador su providencia en que los eclesiásticos, siguiendo el rigor de la ley general, pretendian exigir diezmos de todos los frutos, sin atemperarse á la costumbre, que era ley especial y de superior autoridad; y en que de esta novedad nacian disensiones turbativas de la tranquilidad pública, contrarias al espíritu de la Iglesia y perjudiciales al estado.

20 Las dificultades que se excitaron en la inteligencia y ejecucion del referido edicto, dieron justo motivo para que se declarasen por otros posteriores, en los cuales entre otras cosas se expresan y señalan cuarenta años en que no se haya pagado diezmo de algunos frutos, para graduarlo, si lo pidiesen despues los eclesiásticos, de novedad turbativa y comprendida en la prohibicion del primer edicto; y constando en esta primera ley claramente la intencion y voluntad del legislador en el particular de que hubiesen pasado cuarenta años sin haberse pedido ni pagado diezmos, debe entenderse del mismo modo la citada *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 7. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.), segun la regla que da el jurisconsulto Celso en la *ley* 7. §. 2. *ff. de Suppellect. legat.* ibi: *Servius fatetur sententiam ejus, qui legaverint, aspici oportere in quam rationem eam solitus sit referre.*

21 La costumbre pues debe llegar al grado de ley, empezando por el uso que hace y continúa largo tiempo algun pueblo ó comunidad públicamente, de manera que llegue á noticia del legislador, ó se presuma que ha llegado, y que ha prestado su consentimiento para que se observe y guarde, reconociendo el bien que nace de la costumbre, aunque sea contraria á leyes anteriores, como se dispone en las del *tit.* 2. *Part.* 1., señaladamente en la 5. y 6. De consiguiente ninguna persona particular puede auxiliarse del recurso extraordinario de nuevos diezmos, aunque motive y quiera justificar que no los ha pagado por mas de cuarenta años de algunos frutos que ha percibido íntegramente; quedándole solo el

remedio ordinario para defenderse por el título de prescripcion, ó cualquiera otro que le competa, en el tribunal del juez eclesiástico.

22 Esto es lo que claramente da á entender la citada *ley* 6., haciendo supuesto de que en algunas villas y lugares no se paga diezmo, y repitiendo que fatigan sobre ello á los pueblos; siendo todo el objeto de esta ley redimirlos de la turbacion general, escándalo y opresion, que reciben con las demandas no esperadas que ponen los obispos y cabildos ante los jueces eclesiásticos, sobre que paguen diezmos de los frutos que por largo tiempo han percibido íntegramente; y el Consejo entendió y observó tan á la letra esta ley en el punto de que fuese la misma villa ó comunidad la que propusiese el recurso por sí ó con su poder especial, que habiéndolo intentado en el año de 1761 Nicolás Gonzalez Osorio, por sí y como apoderado de diferentes vecinos del lugar de Villa-Aho, concejo de Buron, motivándolo en que el cura y prior de S. Martin de Suarna pretendian cobrar diezmo de la paja, de que nunca se habia pagado; dudó la sala de justicia si admitiria este recurso, porque no se proponia con el nombre de comunidad ó pueblo, y sí con el de vecinos particulares; y esto dió motivo á la sala para consultar la resolucion con el Consejo pleno, quien sin tomarla devolvió el expediente á la misma sala para que por sí proveyese lo conveniente; y en su consecuencia proveyó auto en 24 de Octubre del citado año de 1761, en el cual refiere el recurso, y continúa diciendo: «Que estando prevenido que »semejantes despachos no se libren si»no á pedimento de concejo ó comuni»dad, y no de persona particular; para »efecto de deliberar en este asunto se »dió cuenta en Consejo pleno, el que »acordó que esta sala providenciase lo »conveniente en el asunto; en cuya »consecuencia mandaban y mandaron, »que de aquí adelante introduciéndose »semejantes demandas, aunque sea por »persona particular, sentando no ha»berse pagado tal diezmo ó rediezmo »en el pueblo de su domicilio, y ser »en su perjuicio y en él de los demas »vecinos de él, se despache la ordina»ria, no obstante la práctica contra»ria que ha habido hasta aquí.»

23 En esta resolucion vino á decir el Consejo pleno que no habia duda alguna en el punto que se le consultaba: porque motivándose el recurso en el supuesto de no haberse pagado diezmo en el pueblo de su domicilio, y que se pedia en perjuicio de la persona que lo introducia y de los demas, le competia una accion popular, y tenia poder por la ley para defender los derechos de la comunidad á cuyo nombre proponia el recurso: §. 1. *Institut. de Public. judiciis*: *ley* 27. §. 4. *ff. de Pact.*: *ley* 7. *de Jurisdict.*: *ley* 30. §. 3. *de Jur. jurand.*

24 La segunda parte de la citada *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 7. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) contiene el conocimiento de los hechos que se motivan en el recurso, la facultad privativa que para ello concede al Consejo, y la providencia interina que debe tomar para detener las molestias causadas en la demanda de los eclesiásticos.

25 Esto es lo que manifiestan las siguientes palabras: «Somos informa»dos que agora nuevamente algunos »Obispos, y Cabildos lo piden, y fati»gan sobre ello á los Pueblos ante Jue»ces Eclesiásticos: mandamos á los del »nuestro Consejo que, llamadas las per»sonas que vieren que cumple, plati»quen sobre ello, y lo provean como »convenga, y entretanto no consien»tan, ni den lugar que se haga nove»dad.»

26 Esta providencia interina parece que es contraria á lo que dicta la razon y la equidad: porque sin oir á la Iglesia la interrumpe ó despoja, á lo menos por cierto tiempo, de las acciones que notoriamente la competen por las leyes y los cánones; pues en todas estas disposiciones funda la seguridad de pedir y cobrar diezmos de todos los frutos, y las mismas resisten el intento de no pagarlos; y parecia que debia correr y ejecutarse la obligacion clara y constante de la ley, sin interrumpirse, ni suspenderse con motivo de una excepcion que pide tan alto exámen y

conocimiento de causa; haciéndose mas recomendable la de los eclesiásticos por el concepto que tiene de alimentaria sobre los frutos decimales, mayormente cuando no consta, al tiempo que se introduce el recurso de nuevos diezmos, que tengan los necesarios para su manutencion, antes bien se debe presumir que la Iglesia no los pediria, si no la fuesen justamente debidos, ni intentaria romper la tranquilidad pública con una nueva demanda de diezmos que no hubiesen pedido ni exigido en el largo tiempo de cuarenta años, lo cual se comprueba sobre estos sólidos y evidentes principios con la doctrina del señor Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 63. *y siguientes*, en donde establece por las mismas razones que la sentencia, en que se mandan pagar diezmos, no admite apelacion suspensiva.

27 Todas estas consideraciones podrian inclinar el juicio del Consejo, á que se mantuviese la Iglesia en la libertad de pedir y demandar los diezmos de cualesquiera frutos que fuesen, sin impedirla, por la sola relacion de los que se niegan á pagarlos, la continuacion de su instancia; ó á lo menos se debia esperar, para dar la enunciada providencia de que entretanto no se haga novedad, á que viniese al Consejo el proceso original del eclesiástico, y á tomar algun conocimiento instructivo y sumario, que diese buena idea de la queja de los pueblos que resistian la paga de diezmos.

28 La suspension de la instancia de los eclesiásticos, para que no se haga novedad, y la remision del proceso original se mandan en una misma provision; y quedándose el juez eclesiástico sin autos, ya no podia proceder ni hacer novedad en este punto, siendo la suspension un efecto preciso para tomar por el mismo proceso aquel conocimiento mas serio y reflexivo que conduce y es necesario para proveer lo conveniente, segun dice la ley en su última parte, demostrándose por estos antecedentes que el mandamiento de que los jueces eclesiásticos no hagan novedad respecto al estado que tenia la causa cuando se recurrió al Consejo, viene por una consecuencia necesaria que no se considera en la intencion de las leyes.

29 Por otra parte el daño público que se debe temer con la novedad intentada por los eclesiásticos, pide la primera atencion del Consejo, al paso que el que pudieran sentir los eclesiásticos en dilatarse la cobranza de diezmos es momentáneo y de poco aprecio; y es justo proveer al mayor peligro, y detener el perjuicio que no se podria enmendar despues de sucedido.

30 La providencia que se encarga al Consejo en la última parte de la ley, es permanente y acaba el recurso; y debiendo preceder aquel conocimiento mas detenido, que indican las palabras de la misma ley, «llamadas las per-»nas que viesen que cumple, platiquen »sobre ello,» es necesario tratar de los medios y modos con que se ha de formar y examinar el proceso en el Consejo, empezando desde la instancia ó queja que motiva el recurso por el escrito del tenor siguiente.

M. P. S.

31 N. en nombre y en virtud del poder especial, que en debida forma presento del concejo y vecinos de la villa de N., ante V. A. me presento por el recurso de fuerza, proteccion, queja y agravio, ó por el que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del provisor de la ciudad de N., especialmente de los que ha proveido á instancia del R. Obispo y cabildo de dicha ciudad, mandando que mis partes les paguen diezmos de tales frutos, producidos en los términos y tierras de dicha villa, y de la lana de los ganados que pastan en ellos, citando y emplazando á dichas mis partes, para que si causa ó razon tuvieren para no hacerlo, acudan á deducirla en su tribunal dentro de quince dias perentorios; en todo lo cual hace y comete el referido provisor notoria fuerza y violencia, turbando la tranquilidad pública de la expresada villa, y fatigando á todos sus vecinos ó á la mayor parte de ellos con la novedad no esperada de que pi-

dan y demánden el obispo y cabildo ante el referido juez eclesiástico el diezmo de tales y tales frutos, sin embargo de constarles, y ser notorio en dicha villa, y en otros pueblos comarcanos, que la cosecha de los referidos frutos es, y ha sido antigua, comun, casi general en la expresada villa: que sus respectivos dueños, labradores, hacendados y colonos los han percibido enteramente desde su orígen, por mas tiempo contínuo de cuarenta años, y tanto que no hay memoria en contrario de que se haya pagado diezmo de dichos frutos, ni otra porcion alguna al R. Obispo y cabildo de la expresada villa: por tanto

A V. A. suplico que habiendo por presentado el poder, y en vista de lo expuesto, se sirva librar la real provision ordinaria de nuevos diezmos, para que se remitan al Consejo los autos originales del eclesiástico, y en su vista proveer y declarar la fuerza que hace y comete dicho provisor, mandando que entretanto no se haga novedad.

32 En este escrito se hallan todas las partes que justifican el recurso: en la primera se dice que se presenta por via de fuerza. El *auto acordado único*, *tit.* 5. *lib.* 1. (Tit. 28. lib. 1. de la Nov. Rec.) dice: «Que los interesados en los »diezmos fundan de derecho para que »primero se saque el diezmo; porque »esta es la primera obligacion de los »frutos de la tierra, que Dios da á los »hombres: y si las Religiones pretenden »lo contrario, lo han de fundar en cos»tumbre; y ésta requiere, y pide cono»cimiento de causa para ajustarla, cuyo »punto tocaria al Ordinario Eclesiás»tico, como materia decimal, y mera»mente Eclesiástica, en que el Consejo, »si no es por via de fuerza, no podria »poner la mano.» Ceballos, *q.* 897. *número* 222. *y siguient.* refiere los poderosos títulos que autorizan al rey para conocer de las fuerzas que hacen los eclesiásticos, y en el *num.* 241. señala por caso particular, cuando hacen novedad en materia de diezmos, ó introducen diezmos de nuevo, asegurando haber visto que los supremos jueces alzaban y quitaban estas fuerzas: Avendaño *in cap. Prætor. cap.* 1. *num.* 32. *vers. Item ista jurisdictio.* El colegio de abogados en su citado informe, en el *cap.* 10. *de la part.* 1. dice al *n.* 79.: «Que los recursos de nuevos diezmos, »y los de retencion son verdaderas es»pecies de los que se llaman de fuerza »ó proteccion.»

33 Aunque estos autores reconocen que los recursos de nuevos diezmos se introducen contra la fuerza que hacen los jueces eclesiásticos, pues no podria el Consejo por otro medio poner la mano en materia decimal, ni tendria lugar con otro respecto la citada *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1.; con todo no dan denominacion á esta fuerza, y la dejan en el concepto genérico, y convendria mucho darle nombre propio, ó descubrir á lo menos su calidad para conocer á cuál de las fuerzas específicas se acerca mas.

34 A mí me parecia que la fuerza, que se hace en pedir y demandar ante jueces eclesiásticos diezmo de los frutos que no se han pagado en el tiempo de cuarenta años contínuos, corresponde con toda propiedad á la de conocer y proceder en perjuicio de la jurisdiccion real.

35 Demuéstrase esta proposicion por unos principios sencillos y constantes. Los que poseen los bienes perciben todos los frutos que producen, por un título antiquísimo que les da el dominio, desde que se estableció por general y uniforme acuerdo de los hombres la division de los bienes que estaban en comunidad negativa, para que el interes de llevar sus frutos los excitase á su mayor industria y trabajo, resultando el beneficio de la abundancia á favor de la causa pública.

36 Los mismos frutos, que se percibieron en sus principios y por mucho tiempo libres de la obligacion de contribuir con parte alguna de ellos á los ministros de la Iglesia, (si por otro medio estaban socorridos con lo necesario á su decente manutencion) quedaron afectos á ésta por convencion posterior de los mismos dueños que los poseian, admitida y mandada guardar inviolablemente por ley general segun las reglas, tiempos y circunstan-

cias, explicadas al principio de este capítulo y en otras diferentes partes; y como esta obligacion nace de las dos causas indicadas, por las mismas se deshace, y quedan libres los frutos de la contribucion, á que estaban afectos á beneficio de las iglesias y de sus ministros.

37 Este es el efecto natural y necesario del uso y de la costumbre racional y prescripta con el tiempo de cuarenta años: porque ella contiene dos títulos muy recomendables, por los cuales se restituyen los frutos á la libertad, que tenian desde el primer estado del dominio: uno es la dispensacion ó derogacion de la ley, que impuso á los cristianos la obligacion de pagar la décima parte de los frutos que cogiesen: otro la donacion que hace la Iglesia de esta décima parte de frutos, que no pide en el largo tiempo de cuarenta años.

38 Si despues de este tiempo pide y demanda estos frutos ante los jueces eclesiásticos, se convencerá con evidencia que lo que pide es cosa temporal y profana: *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 1.: *leyes* 18. *y* 21. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 6. 1. tit. 23., y 1. tit. 21. lib. 1. de la Nov. Recop.): santo Tomás *Secund. secund. q.* 87. *art.* 3. Pues si lo que piden es temporal y profano sin conexion ni dependencia de cosa espiritual, por haber faltado y extinguídose el título, con que los podian percibir antes los ministros de la Iglesia; y si las personas, de quienes pretenden exigirlos, son legas, ¿cómo podrán demandarlas ante los jueces eclesiásticos, que notoriamente carecen de jurisdiccion en el caso propuesto?

39 Este pensamiento recibe mayor demostracion en la letra de la citada *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 7. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.), y en el espíritu del auto difinitivo que da el Consejo en estos recursos. En el principio de la ley se supone que no hay costumbre de pagar diezmo en algunas villas y lugares; y como el pueblo ó comunidad, que puede introducir costumbre con el uso de todo él ó de su mayor parte, se compone en lo general de personas legas, y cuando se incluya algun clérigo, es en el concepto de ciudadano y parte de la misma república, como se expresa en la *ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1., manifiesta claramente las dos enunciadas circunstancias, uniéndolas á la de ser demandados ante jueces eclesiásticos, *ibi*: «Lo piden, y fatigan sobre »ello á los Pueblos ante Jueces Ecle»siásticos.»

40 Si el Consejo halla plenamente justificada la costumbre de no pagar diezmo de los frutos, que se piden ante el juez eclesiástico, declara haber lugar al recurso de nuevos diezmos introducido por tal villa; y se retienen los autos obrados ante el juez eclesiástico de tal ciudad.

41 Esta última parte del auto es conforme con el que se da en los recursos de las fuerzas de conocer y proceder; lo que le falta es la remision de los mismos autos al juez real para que usen ante él las partes de su derecho, que es el auto que llaman de legos; pero como en los recursos de nuevos diezmos se convence con notoriedad que no tienen derecho alguno los ministros de la Iglesia á los frutos que pretendian como diezmo, no debe hacerse la remision de autos para un fin que no puede tener lugar. Ademas que esta remision no es parte esencial del auto dispositivo que se da en los de conocer y proceder, porque éste queda completo con la misma retencion, la cual contiene una declaracion de que el juez eclesiástico no pudo ni debió conocer de aquella causa, y su remision corresponde á la ejecucion subsecuente del auto.

42 La prueba de la distincion antecedente se halla demostrada en los autos de retencion de las bulas apostólicas, que ofenden la jurisdiccion del ordinario eclesiástico en la primemera instancia. Si las bulas son de gracia, y su ejecucion viene cometida á otro juez que no sea el ordinario, las retiene y manda entregar á la parte interesada, para que use de ellas ante el juez ordinario. Con esta forma que da el Consejo, enmienda el agravio que se hacia al juez ordinario, que era el fin del recurso, y conserva el valor de la gracia para que use de

ella la parte ante el juez competente.

43 En los rescriptos de justicia se retienen y no se mandan entregar; pues como su efecto consistia en la comision particular que se da para que conozca de la causa otro juez diverso del ordinario, con la sola retencion queda enmendado el agravio que se le hace, y tiene la parte expedito el medio de usar de su derecho ante el ordinario eclesiástico competente.

44 Si se mira como objeto primitivo del recurso de nuevos diezmos la novedad, turbacion y escándalo del pueblo, todo esto es en sí mismo temporal, y su enmienda corresponde inmediatamente al rey, convenciéndose por todos estos respectos el notorio defecto de jurisdiccion y autoridad en el juez eclesiástico, para mezclarse en estas causas con pretexto de diezmos.

45 La segunda cláusula del citado escrito continúa añadiendo al recurso de fuerza el de proteccion.

46 Si el rey es protector de sus vasallos, para ampararlos y defenderlos de las opresiones y violencias, que padecen, ó les amenazan, tambien lo es de la Iglesia para cuidar de la observancia de los cánones y de su disciplina, y para detener y apartar la injuria y el daño que se la intente irrogar. Esta es una de sus primeras obligaciones, delineadas en el *canon* 20. *caus.* 23. *q.* 5., que se formó de la sentencia de san Isidoro, y dice así: *Principes sæculi nonnumquam intra ecclesiam potestatis adeptæ culmina tenent, ut per eamdem potestatem disciplinam ecclesiasticam muniant:::: Cognoscant principes sæculi Deo debere se rationem reddere propter ecclesiam, quam à Christo tuendam suscipiunt. Nam sive augeatur pax, et disciplina ecclesiæ per fideles principes, sive solvatur; ille ab eis rationem exiget, qui eorum potestati suam ecclesiam credidit.*

47 El papa san Leon en su carta 5., segun la coleccion de Harduino *tom.* 2. *pág.* 702, dirigida al emperador Leon, le recuerda como primera obligacion de su real potestad la de proteger y defender los establecimientos de la Iglesia: *Cum enim clementiam tuam Dominus tanta sacramenti sui illuminatione ditaverit, debes incunctanter advertere regiam potestatem tibi, non solum ad mundi regimen, sed maxime ad ecclesiæ præsidium esse collatam.*

48 El emperador Constantino segun lo escribe en su vida Eusebio Pamphilo *lib.* 4. *cap.* 24., habla á los obispos en los términos siguientes: *Vos quidem in his, quæ intra ecclesiam sunt, episcopi estis; ego vero in his, quæ extra geruntur, episcopus à Deo sum constitutus. Itaque consilia capiens dictis congruentiæ, omnes imperio suo subjectos episcopali solicitudine gubernabat; et quibuscumque modis poterat, ut veram pietatem excolerent, hortabatur.*

49 La *ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 1. *de la Recop.* (Leyes 8. tit. 5. lib. 12.: 1. tit. 4. lib. 2. y 11. tit. 2. lib. 4. de la Nov. Recop.), la 59. *y* 62. *nn.* 2. *y* 25. *tit.* 4. *lib.* 2., la 81. *tit.* 5. *del mismo lib.*, el *auto acord.* 1. *tit.* 44. *lib.* 2., y la *ley* 2. *tit.* 3. *lib.* 1. *del Ordenam.*, explican la obligacion que tienen los reyes de proteger y defender la Iglesia, y hacer guardar y cumplir sus establecimientos.

50 Los que piden diezmo de los frutos, de que por tiempo de cuarenta años no se ha pagado, ofenden notoriamente la disciplina, que enseñaron los apóstoles en este mismo punto, injurian gravemente á la misma Iglesia, excitan el espíritu de avaricia que detestan los cánones, y hacen concebir á los cristianos una idea poco ventajosa de los ministros de la Iglesia, cuando debian solicitar, con preferencia á todos los intereses temporales, el adelantamiento de los mismos cristianos, y que recibiesen con aficion y agrado la doctrina del santo Evangelio.

51 San Pablo enseñó á los de Corinto la obligacion que tenian á darle los alimentos necesarios á su escasa manutencion, en recompensa de los espirituales que recibian en su doctrina; pero al mismo tiempo les manifestó que se abstenia de pedirlos y de recibirlos, aceptando los que le ofrecian otras iglesias distantes, para no darles ocasion á escándalo, ni que

concibiesen qué les predicaba por interes, y se apartasen con esta idea de admitir gustosos la doctrina del santo Evangelio. Esto es lo que les dice en su *cart.* 1. *cap.* 9., y en la 2. *capit.* 11. *y* 12.

52 Los que piden diezmo de algunos frutos, de que no se ha pagado en el largo tiempo de cuarenta años, tienen su dotacion competente en los demas que reciben, y en otras rentas y emolumentos que les ofrecen y pagan los mismos cristianos. Este es el supuesto de la citada *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. (Ley 7. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.); pues si el diezmo que piden los eclesiásticos, aunque no se hubiese pagado en cuarenta años, fuese necesario á su precisa y decente manutencion, no alcanzaria entonces el tiempo, ni la condescendencia de los mismos ministros de la Iglesia ni la autoridad del Papa á remitir su accion, ni á extinguir la obligacion de los fieles, por ser la causa inmutable en el derecho natural y divino.

53 Por lo mismo se explica misteriosamente la ley, reduciendo el caso que propone á que no se paga diezmo de las rentas de las yerbas y pan, y otras cosas. Esta es la inteligencia que uniformemente la dan todos los autores, asegurando ademas el señor Covarrubias *lib.* 1. *Variar. cap.* 17. *n.* 8. *vers.* 11. que aunque los eclesiásticos tuviesen por otra parte con que mantenerse, seria irracional é inicua la costumbre, que se dirigiese á libertar á los legos de la obligacion y paga de todos los diezmos prediales y personales.

54 Pues si el apóstol san Pablo se desprendió de los alimentos precisos, por no dar ocasion á escándalo, ni á que se retrajesen los de Corinto de oir y recibir gustosamente su sana doctrina; ¿cómo podrá no mirarse contraria esta disciplina á la que siguen en el dia los que, no contentos con las abundantes rentas que por diezmo reciben de otros muchos frutos, piden y fatigan á los contribuyentes, para que les den de los que no lo han pagado en tan largo tiempo? ¿No tendrán justa causa los legos para concebir una idea de avaricia en los eclesiásticos, y escandalizarse de que desprecien los concilios y los cánones que tan estrechamente la detestan? ¿Y qué juicio formarán de que prefieran un corto interes propio al daño general que causarian con estas nuevas demandas, turbando la tranquilidad del pueblo, fatigándole con gastos en los pleytos que le promueven, y haciéndoles sufrir otras incomodidades que son consiguientes y necesarias?

55 Santo Tomas, *Secund. secund. q.* 87. *art.* 1. *vers. Ad quintum*, dice que los ministros de la Iglesia deben tener mayor cuidado de promover en el pueblo los bienes espirituales, que de coger los temporales; y recomienda la máxima y el espíritu del apóstol san Pablo con los de Corinto: *Ne daretur aliquod impedimentum Evangelio Christi*:::: *Et similiter, laudabiliter ministri ecclesiæ decimas ecclesiæ non requirunt, ubi sine scandalo requiri non possent propter desuetudinem, vel propter aliquem aliam causam*; y en el *art.* 2. *vers. Ad tertium*, dice: *Decimarum autem solutio est debita, non propter se, sed propter ministros, quorum honestati non convenit, ut etiam minima exacta diligentia requirant, hoc enim in vitium computatur.*

56 El mismo apóstol san Pablo persuadia á todos los fieles, á que comprometiesen los intereses de sus causas y negocios al arbitrio y decision de algunos de los mismos cristianos, para evitar el escándalo que recibirian los que no eran de esta santa ley, oyendo en los tribunales contenciones y disputas empeñadas entre ellos por intereses temporales.

57 Pues si el espíritu de la Iglesia ha sido siempre, y todas sus reglas conspiran á que los eclesiásticos prefieran el bien espiritual de los cristianos á todo interes temporal, y mucho mas siendo mínimo, como lo es en el caso de nuestra cuestion, sin necesitar de él para mantenerse los ministros de la Iglesia; y aun cuando esperasen recobrarlo, seria á costa de tanto escándalo, turbacion y daño público, ¿qué

podria hacer en este caso el rey sino interponer su real autoridad prontamente, haciendo guardar y cumplir las intenciones de la Iglesia que tanto recomienda san Pablo?

58 En la tercera cláusula del escrito se refieren los autos y procedimientos del juez eclesiástico, y se motiva en ellos la fuerza; y como su mandamiento es solo de citacion y emplazamiento, y se convierte con la comparecencia del pueblo en simple traslado, se viene á decir que en cualquiera estado del proceso lo tiene para introducir el recurso de nuevos diezmos, pues la citada *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. da lugar al recurso y á las providencias del Consejo con el solo hecho de que algunos obispos y cabildos pidan ante jueces eclesiásticos diezmo, que no se ha acostumbrado pagar, *ibi*: «Agora nuevamente algunos Obispos y Cabildos lo piden, y fatigan sobre ello ante Jueces eclesiásticos.» Esta es la inteligencia que los autores dan á la ley, señaladamente el señor Covarrubias *Variar. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 8. *vers. Nono.*

59 Aunque dichos jueces procedan en la causa, y den en ella sentencia difinitiva, queda expedito el mismo recurso de nuevos diezmos, como lo afirma el señor Covarrubias *Practicar. cap.* 35. *n.* 2. *vers. Quarto*, ibi: *Nam etsi condemnentur à judice ecclesiastico, nihilominus ex querela causa retinetur apud regia. prætoria.* ¿Qué señal puede haber mas evidente para convencer que la fuerza en estos recursos es de conocer y proceder en causa profana contra legos? En efecto las fuerzas de esta clase llevan siempre estado, desde que el juez eclesiástico intenta conocer, sin que la libertad de recurrir por via de fuerza al tribunal real se pierda, aunque se haya dado séntencia difinitiva; y así he visto muchas veces venir al Consejo, por via de fuerza de conocer y proceder, los autos del eclesiástico pendientes por apelacion en sus respectivos tribunales superiores.

60 En la cuarta cláusula del citado pedimento se refieren sencillamente y en encerradas razones, conforme á lo que dispone la *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 14. lib. 11. de la Nov. Recop.), los hechos que sirven de fundamento, y deben justificar la fuerza: el primero es que en dicha villa y en otros pueblos comarcanos ha sido la cosecha de frutos, de que se pide diezmo, antigua, comun y casi general.

61 Si un corto número de hacendados, labradores ó ganaderos hubiera sembrado y cogido los frutos, siendo en sus principios escasa la cosecha, y tan crecidos los gastos que sus productos no llegasen á compensarlos, se calificaria de rigurosa y aun punible la diligencia de pedir los eclesiásticos diezmo de ellos; y así en omitirlo obran conforme al espíritu de la Iglesia que se ha indicado, y confirma el angélico Doctor *Sec. secund. q.* 87. *art.* 2. *vers. Ad tertium*, ya citado, ibi: *Decimarum autem solutio est debita non propter se, sed propter ministros, quorum honestati non convenit, ut etiam minima exacta diligentia requirant, hoc enim in vitium computatur.*

62 Pues si los eclesiásticos obran bien en no solicitar diezmo de los frutos que empiezan á criarse en algun pueblo, ¿cómo podrá imputárseles esta omision, ni extenderse á un efecto que les perjudique en el uso de su accion y derecho, cuando lleguen á ser abundantes las cosechas de los mismos frutos? ¿Y cómo se podrá contar por principio de la costumbre el tiempo en que eran de poca consideracion los frutos? De aquí resultaria que el uso de muy pocos fuese principio de la costumbre que debe nacer, continuar y completarse en lo general del pueblo ó en la mayor parte de él: *ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1. En estos términos y con los mismos fundamentos insinuados se explica el cardenal de Luca *tract. de Decimis p.* 3. *disc.* 14. *num.* 12., y Van-Spen *in Jus eccles. univ. tom.* 2. *tit. de Decimis part.* 2. *cap.* 2. *num. finali.*

63 En esta cláusula no se restringe el uso de la cosecha de frutos á la villa que litiga, sino que se extiende á los pueblos comarcanos con el fin de que, no pudiendo hacerse positiva de que los frutos han sido abundantes en el mismo pueblo de que se trata, se auxilie con lo que se ha usado y acostumbrado en los pueblos confinantes, en

donde sin embargo de haber sido abundante y antigua la cosecha de la propia especie de frutos, ni se ha pedido, ni pagado diezmo de ellos.

64 La última parte del enunciado escrito contiene la perfeccion y cumplimiento de la costumbre por el tiempo contínuo de cuarenta años. Este es el término que basta, y el que debe probar plenamente el pueblo ó comunidad, por ser el fundamento de su intencion para eludir la accion de los eclesiásticos, que tienen á su favor la asistencia del derecho; y aunque se añade que no hay memoria en contrario de que se haya pagado diezmo de dichos frutos, esta es una cláusula usada con exuberancia á lo necesario, por cuya razon no está obligado el pueblo á probarla.

65 Si la prueba de haber habido en aquel pueblo por espacio de cuarenta años cosecha de los frutos de que se pide diezmo, y no habérsele pedido, ni él pagado, fuese clara y concluyente, y solo se dudase si habia sido abundante en sus principios, ó cuando habia empezado á serlo, no se exige tanto rigor en esta parte por dos consideraciones: una que en los hechos antiguos se admiten enunciativas y otras pruebas imperfectas, uniéndose en la consideracion del tribunal, en cuanto pueda discernir como de lejos la verdad de lo que se propone: otra que tratándose de unos hechos pasageros, que no dejan señal de lo que fueron, no se debe exigir del pueblo, que está en posesion de no pagar diezmo, una prueba plena de lo que pasó cuarenta años antes, porque se le obligaria á ejecutar una cosa sino imposible, á lo menos muy dificultosa; y es de presumir que habiendo estado los eclesiásticos remisos en pedir diezmo de frutos, que en algunos años próximos á su demanda fueron abundantes y de cosecha general, guardarian por la misma causa igual silencio en los tiempos antiguos, aunque en ellos hubiese sido igual y acaso mayor la abundancia de dichos frutos.

66 La *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.) extiende el remedio de la lesion enormísima en los contratos, que exceden la mitad del justo precio y valor, á los que se hacen por almoneda; pero limita el uso de esta accion al perentorio término de cuatro años, contados desde el dia que fueron hechos los tales contratos.

67 Esta ley consideró la grande dificultad que hallaban las partes en probar el verdadero valor, que tenian las cosas al tiempo del contrato, y esta fué la causa de restringir el término á los cuatro años. ¿Pues con cuánta mayor razon se tocarian las dificultades de probar la cantidad de frutos, que se cogian en un tiempo tan antiguo como el de cuarenta años?

68 El órden de estos procesos es igual al que se observa en los que vienen al Consejo por el remedio ordinario de la apelacion, y se continúan en él por la súplica de la sentencia que diere; pero este método no altera la naturaleza del conocimiento extrajudicial que corresponde al fin de impartir la natural defensa, removiendo y alzando la fuerza que reclaman los vasallos: porque la instruccion y pruebas que suministran las partes, y recibe el Consejo, se limitan á los hechos en que se funda el recurso, y no constan del que se empezó en el tribunal del eclesiástico, y cuando en él se hubiesen hecho algunas probanzas, (que sucede pocas veces) aun podria el Consejo admitir otras, que asegurasen mas su resolucion; pues si puede y debe informarse de la novedad y turbacion que se motiva, y de las causas en que se funda, como lo dice la misma *ley* 6. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 7. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.), no hay medio mas oportuno y seguro que la prueba respectiva de las partes, para que lleguen calificados los informes de los enunciados hechos, conservando la resolucion ó decision, que en su vista diere el Consejo, el propio concepto de extrajudicial y defensiva de los que padecen la fuerza.

69 En estos recursos de nuevos diezmos es menor el inconveniente que trae la dilacion de su curso y determinacion: porque desde el punto que se presentan, provee el Consejo interina-

mente que no se haga novedad. Estas son las consideraciones, que á mi parecer hacen necesario el método y órden que observa el Consejo en estos recursos.

## CAPÍTULO II.

*De la fuerza en conocer y proceder, que hacen los jueces eclesiásticos, mandando exigir rediezmo de los frutos que se hubiesen ya diezmado.*

1 La *ley* 7. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 8. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) es la capital de esta materia: en su primera parte contiene la súplica que hicieron los reinos á S. M., para que se sirviese proveer que no se pudiese, ni tornase á pedir diezmo de lo que se hubiese pagado, ni llevasen rediezmo los prelados y otras personas eclesiásticas de estos dominios.

2 Para justificar esta peticion ó súplica consideraron suficiente el mero hecho y el primer acto de pedir y exigir diezmo de lo que ya se hubiese pagado. Esto es lo que manifiesta la letra de la súplica; y se demuestra mas si se coteja con la de la *ley* 6. *del prop. tit. y lib.* (Ley 7. de id.) en la cual se motiva por fundamento esencial de la queja la costumbre en que estaban las villas y lugares de no pagar diezmo de algunos frutos, y la novedad que contra ella introducian algunos obispos y cabildos de pedirlo, y fatigar sobre ello á los pueblos ante jueces eclesiásticos.

3 Esta diferencia de motivarse en una ley la costumbre para dar entrada á la queja y al recurso, y no hacerse memoria en la otra de que la hubiese de no exigir rediezmo, prueba con evidencia no ser necesaria, y su omision califica que procede la queja con el solo hecho de que intenten los eclesiásticos ante sus jueces exigir diezmo de lo que ya se hubiese pagado.

4 La razon de la diferencia indicada es bien notoria, y consiste con que por el uso y costumbre general, autorizada igualmente por la ley, se introdujo y estableció que se pagase á la Iglesia y á sus ministros la décima parte de todos los frutos que cogiesen los cristianos.

5 De esta causa ó título nace la accion de la Iglesia; y siendo limitada á correspondencia del título á la parte señalada en él, proceden con exceso notorio los eclesiásticos, cuando piden, y se mandan pagar mas de lo que se contiene en la obligacion de los fieles.

6 La jurisdiccion de los jueces eclesiásticos, y su conocimiento es tambien limitado á hacer cumplir lo que se ofreció á la Iglesia para mantenimiento de sus ministros en recompensa del pasto espiritual, que dan con sus oficios á los cristianos; y como en lo que se exceden, obran sin autoridad ni jurisdiccion, se justifica la queja en el momento que intentan exigir unos frutos que son en sí mismos temporales, y pertenecen á persona lega por un título antiquísimo de dominio en los bienes que los producen; pues alteran con esta novedad la paz pública, que es otro daño que pide pronto remedio, y que solo puede dispensar el rey en defensa y proteccion de los que estan dentro de sus dominios.

7 Este es el resúmen que en mi dictámen presenta la citada *ley* 7. en su primera parte: en la segunda se contiene la resolucion de S. M., que no es conforme á la peticion y súplica de los reinos, pues se limita á mandar, «que en »el nuestro Consejo se den las Provisio»nes y Cédulas necesarias contra los »dichos Perlados, y personas Eclesiás»ticas, y sus Jueces, para que no con»sientan, ni den lugar que se haga no»vedad en el llevar el dicho rediezmo.»

8 La disonancia que hay entre no llevar rediezmo, que fué lo pedido, y que no den lugar á que se haga novedad en el llevar el dicho rediezmo, á que se limitó el precepto de la ley, obliga á buscar con diligencia la razon sólida que tendria el legislador para no condescender absolutamente á la súplica.

9 Yo descubro con toda seguridad la causa de esta diferencia, y consiste en que la costumbre en que tomó principio la paga del diezmo, y la ley general que se conformó con ella, no prohibe que los cristianos la extiendan con voluntad libre en sus principios, antes bien los estimula á que por un

efecto de caridad y mayor perfeccion den mayor parte á los sacerdotes de la ley de gracia, que la que daban los judíos en tiempo de la ley escrita. Esta es una comparacion con que persuadian los santos Padres á los cristianos á que se excediesen en contribuir con mayor parte de sus bienes á los ministros de la Iglesia, ó que á lo menos diesen la décima, tomando ocasion para este argumento de lo que refiere san Mateo en el *cap.* 5. *vers.* 20. ibi: *Nisi abundaverit justitia vestra, plus quam Scribarum et Pharisæorum, non intrabitis in regnum cœlorum*: Div. Paul. *Epist.* 2. *ad Corinth. cap.* 3., *et ad Hebreos cap.* 7.: Div. Thom. *Secund. secund. q.* 87. *art.* 1.: D. Chrysost. *in homil.* 4. *sup. cap.* 2. *S. Paul. ad Eph.*

10 Si los cristianos se hubiesen acostumbrado á contribuir con dos diezmos de unos mismos frutos, seria costumbre muy laudable, que deberia mantenerse á beneficio de la causa pia, como sucede en las oblaciones, que aunque no puedan exigirse por accion de justicia por los ministerios espirituales, cuando los clérigos estan socorridos de lo necesario por otros medios, sin embargo si hubiesen empezado á ejecutarse, y repetirse con liberalidad cristiana por tiempo suficiente para formar costumbre, será laudable su observancia, y de necesidad su obligacion, como se declara en los *cap.* 9. *y* 42. *ext. de Simonía*: en el 14. *ses.* 24. *del Tridentino*; y lo comprueba con otros Gonzalez sobre el citado *cap.* 9.

11 Si los señores reyes hubieran condescendido á la súplica general y absoluta de que no se pidiese, ni tornase á pedir ó llevar rediezmo de lo que se hubiese pagado diezmo, comprenderia necesariamente la citada *ley* 7. el caso en que hubiese costumbre de pagar rediezmo, al cual realmente no podia extenderse la providencia que se pedia, por ser entonces justo y conveniente que continuase la exaccion del rediezmo; y así lo precavió limitando la ley á que no se hiciese novedad en el llevar dicho rediezmo; esto es, que si hasta entonces no se habia llevado, no se permitiese llevar; y lo mismo procede en cualquiera tiempo y caso en que pretendan exigirlo, si antes no lo hubiesen pagado.

12 Esta es la verdadera inteligencia que presenta la citada *ley* 7. en la union de sus dos partes, confirmando al mismo tiempo la proposicion fundamental de este discurso, de que sino se ha pagado rediezmo, el primer acto ó intento de exigirlo justifica con la novedad la queja, y da lugar al recurso de fuerza.

13 No basta, para impedir este recurso, el que voluntariamente hayan pagado rediezmo algunos años, sino completan el número de diez contínuos, que es el tiempo suficiente para formar costumbre en estos actos piadosos á favor de la Iglesia; y desde entonces pierden la naturaleza de facultativos con que empezaron, y pasan á ser obligatorios. En esto convienen los autores, señaladamente Ceballos *Com. cont. com. q.* 897. *n.* 243., ibi: *Et tunc dicitur novitas in exigendis istis redecimis, quando petitur quod non est solitum solvi decem annis præteritis, ut docet Cassiadorus decis.* 1. *tit. de consuetudine, quem refert, et sequitur* Covarr. *Variar. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 3.: Avendaño *in cap. Prætor. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 25., ibi: *Item ista jurisdictio contra ecclesiasticos per modum defensionis, vel protectionis habet locum, etiam ubi fit novitas in materia de solvendis redecimis*; *et n.* 26.: *Novitas autem tunc fieri dicitur in exigendis istis redecimis, quando exigitur quod non est solitum exigi decem annis præteritis*: Covarr. *Variar. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 3.

14 A los principios y doctrinas referidas se debe arreglar la forma de este recurso, que se ve rara vez en el Consejo, porque los eclesiásticos conocen la resistencia que les hace el derecho al intento de cobrar dos diezmos de unos mismos frutos; y nunca ha sido tan fervorosa la caridad de los fieles, que se los hayan pagado voluntariamente por el tiempo de los diez años contínuos; antes bien se ha visto, por lo expuesto en el capítulo próximo, lo mucho que tuvieron que vencer los santos Padres con sus persuasiones y doctrina, para inclinar á los fieles á que contribuyesen con la décima parte

de sus frutos á la Iglesia, y en este concepto llevan fundada la intencion los que introducen este recurso: de suerte que los eclesiásticos han de probar plenamente la costumbre de haberse pagado rediezmo, que es otra diferencia esencialísima entre la materia de este recurso, y la que se trató en el capítulo próximo.

## CAPÍTULO III.

*De las fuerzas de conocer y proceder en la inmunidad local de las iglesias.*

1 La fuerza que cometen los jueces eclesiásticos en el conocimiento y declaracion de la inmunidad local, ocupa gran parte del cuidado de los supremos tribunales y de todos los jueces reales, por lo mucho que se interesa la república en el castigo de los que la turban con sus delitos.

2 Esta circunstancia y la de gobernarse por otros peculiares principios establecidos por los príncipes temporales y por los sumos pontífices, que deben tenerse á la vista para el conocimiento de las líneas en que se han de contener los jueces eclesiásticos, y de sus respectivos excesos, persuaden la necesidad de tratar con sério exámen de las fuerzas que hacen en estas causas los dichos jueces eclesiásticos, y de los medios de repararlas.

3 El premio y el castigo aseguran el buen gobierno de todas las repúblicas: *ley* 3. *tit.* 1. *Part.* 1., *ibi*: «E por »estas dos se govierna todo el mundo: »ca en estas yace galardon de los bie»nes á cada uno segun deve aver, é »escarmiento de los males::::: é con »éstas dos cosas se endereza el mundo, »faciendo bien á los que bien facen, »é dando pena, é escarmiento á los »que lo merescen:» Antun. *de Donation. Reg. lib.* 1. *cap.* 2. *à num.* 5.: Aristotel. *Ethicor. cap.* 5.: Ciceron y otros muchos que refiere Solorzano *emblem.* 78. *n.* 1. Con el premio se excitan y animan las grandes acciones del valor y de la justicia en defensa del estado; y con ellas se hace respetar, se engrandece su gloria, y se aumentan sus intereses: D. Isidor. *lib.* 5. *Etimol. cap.* 20. *Factæ sunt leges, ut earum metu humana coerceatur audacia, tutaque sit inter improbos innocentia, et in ipsis improbis, formidato supplicio, refrenetur nocendi facultas*: D. Thom. *Prim. secund. q.* 95. *art.* 1.

4 Con la pena se refrena la malicia, se defiende la inocencia, se enderezan los vicios al camino recto de la virtud, y corre sin estos embarazos la tranquilidad pública.

5 Premio y castigo estan puestos en la mano real para dispensarlos con un arbitrio justificado y prudente: uno y otro ofrecen con igualdad las leyes; y así los que obrando mal ofenden el sagrado de su poder, se obligan á recibir la merecida pena, y adquiere el rey derecho y accion de justicia para ejecutarla; y ningun otro sino el rey puede hacer galardon de esta potestad, que es de la mas alta soberanía: *leyes del tit.* 25. *lib.* 8. *de la Rec.* (Tit. 42. lib. 12. de la Nov. Recop.)

6 Los que se acogen al sagrado de los templos, buscando la indulgencia y perdon de sus delitos, no salen de la jurisdiccion real ni de su territorio: llevan consigo la misma obligacion con que se ligaron á recibir la pena; y el príncipe conserva libre la accion de ejecutarla.

7 ¿Quién podrá impedir este ejercicio sin romper las leyes de la justicia, y ocupar los ordenamientos del buen gobierno? Esta sola consideracion hace conocer que la indulgencia con los que se acogen por sus delitos á la Iglesia ha sido y es una parte de las muchas franquezas y gracias, que por digno obsequio á Dios y adelantamiento de la religion han concedido los príncipes á la misma Iglesia, excitados de los oficios de sus prelados, que siempre han hallado el mas profundo lugar de atencion y respeto en la piedad de los reyes.

8 En los primeros siglos de la Iglesia fué mas frecuente la proteccion de los obispos en implorar la benignidad de los príncipes temporales para con los reos que buscaban el asilo de aquella y de sus prelados; quienes conocian que habia cesado aquel refugio que por la ley antigua de Moyses lo-



graban los homicidas involuntarios en las seis ciudades separadas con este intento: *Numeror. cap.* 35. *vers.* 6. ibi: *De ipsis autem oppidis, quæ Levitis dabitis, sex erunt in fugitivorum auxilia separata, ut fugiat ad ea qui fuderit sanguinem*; *et vers.* 11. *Decernite quæ urbes esse debeant in præsidia fugitivorum, qui nolentes sanguinem fuderint*; *et à vers.* 13. *ad* 15.: *Deutheron. cap.* 19. *vers.* 2.: *Jossuæ, cap.* 20. *vers.* 2. 3. *et* 9. En efecto habíase desvanecido este asilo con la luz de la nueva ley de gracia: Paul. *ad Heb. cap.* 7. *v.* 12. *Translato enim sacerdotio necesse est ut et legis translatio fiat*: D. Thom. *Prim. secund. q.* 103. *art.* 3., *et q.* 104. *art.* 3.: Covarr. *Variar. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 2. *vers. Secunda conclusio.* Veian tambien los obispos que Jesucristo no habia concedido ni señalado semejante inmunidad, porque todas sus leyes se conformaron á los preceptos del derecho natural, y á la institucion y creencia de los sacramentos y artículos de la fe, y en esta clase no se comprende la indulgencia de los delitos: D. Thom. *Prima secund. quæst.* 106. *art.* 11.: Covarrub. *Variar. cap.* 20. *num.* 2.

9 Este conocimiento trajo á los prelados de la Iglesia al medio único que les quedaba de buscar en la benignidad de los príncipes gracia para con los que habian tomado el asilo y proteccion de ella, y se la concedieron en la seguridad de que no intentaban dejar del todo sin castigo á los delincuentes, sino moderar por su mano la penitencia que creian oportuna á su enmienda.

10 En estos ejercicios se ocuparon con incesante desvelo san Agustin, san Ambrosio, san Juan Crisóstomo y otros santos obispos, cuyos oficios recomendaron los sagrados Concilios: D. Agust. *epist.* 153. *ad Macedon.*, *et epist.* 115. *ad Fortunat. Cirrens: Episcopum*, *et in serm.* 18. *de Verbis Domini*: D. Joan. Chrisost. *homil.* 15. *in epist.* 2. *ad Corinth.* D. Ambros. *in epist.* 42. *ad Theodos.*: *can.* 8. *Concil. Sard. ann.* 347., ibi: *Decernite ne episcopi ad Comitatum accedant, nisi forte hi, qui religiosi imperatoris litteris vel invitati, vel evocati fuerint. Sed quoniam sæpe contingit ut ad misericordiam ecclesiæ confugiant, qui injuriam patiuntur, aut qui peccantes in exilio vel insulis damnantur, aut certe quamcumque sententiam excipiunt, subveniendum est iis, et sine dubitatione petenda indulgentia. Hoc ergo decernite, si vobis placeat. Universi dixerunt*: *Placet, et constituatur*: Van-Spen, *tom.* 6. *dissert. canonic. de Asilo templor. cap.* 1. *ubi omnia refert.*

11 Las franquezas que por tan recomendables mediaciones ejercitaron en estos tiempos los príncipes, llegaron á ser tan frecuentes, que merecieron un establecimiento general, aunque no comprensivo de todos los delitos; siendo árbitros los reyes en distinguir los que no merecian indulgencia, y los términos que debian servir de presidio á los que se acogian á las iglesias: *leg.* 1. *et* 2. *Cod. Theod. de Iis qui ad ecclesiam confugiunt*, et ibi: Gothofredus: Van-Spen *in dict. dissert. canonic. de Asilo templor. cap.* 2.

12 En muchos siglos no se interrumpió el poder y jurisdiccion de los reyes para extender, limitar, interpretar, y declarar los casos y circunstancias en que podia tener lugar el indulto por la inmunidad de la Iglesia, reconociendo todo su valor en la mano real.

13 Nuestras leyes de Partida aseguran con demostracion este pensamiento. El proemio del *tit.* 11. *Part.* 1. dice: «Previllejos, é grandes franquezas han las Eglesias, de los Emperadores, é de los Reyes, é de los otros Señores de las tierras, é esto fué muy con razon.»

14 Los privilegios y franquezas de que hablan las leyes de este título son la inmunidad y amparo de los delincuentes que se refugian á ellas, como lo declara la *ley* 2. que dice: «Franqueza ha la Eglesia, é su Cementerio en otras cosas demas de las que diximos en la ley ante desta: ca todo ome, que fuyere á ella por mal que oviese fecho, ó por debda que deviese, ó por otra cosa qualquier: deve ser y amparado, é non lo deven ende sacar por fuerza, nin matarlo, é nin

»dalle pena en el cuerpo ninguna;» y explicando el proemio que los privilegios y franquezas de que ha de hablar en las leyes siguientes, «las han »las Eglesias de los Emperadores, é de »los Reyes, y de los otros Señores de »la tierra,» no cabe duda en su orígen.

15 El epígrafe de la *ley* 5. *del mismo tit. y Part.* dice: «Quales omes »manda el derecho de las leyes anti»guas sacar de la Eglesia;» y en el contexto de la ley refiere algunos yerros grandes, y continúa en lo dispositivo: «E por esto mandó el derecho de »las leyes antiguas, que los saquen »dellas, sin caloña ninguna, así como »los traydores conoscidos, é los que »matan á otro á tuerto, é los adulte»radores.» Aquí se vuelve á poner á la vista el mando de las leyes en declarar y restringir la inmunidad de la Iglesia, y no puede entenderse sino de un mando justo.

16 Las decretales apócrifas y las constituciones supuestas, que se recogieron en los cuerpos canónicos, ordenados por autoridad del sumo pontífice Gregorio IX y de Graciano, dieron algun motivo á los canonistas, poco instruidos en aquellos tiempos de la falsedad que encerraban estas colecciones, para que atribuyesen á la Iglesia todo el poder necesario para establecer la inmunidad de los templos, y defender con ella á los reos de las penas en que hubiesen incurrido por las leyes temporales: Van-Spen *in dict. dissertat. cap.* 3., *ubi omnia latissimè refert.*

17 Estos son los principios en que tomó asiento la opinion referida; autorizóla el tiempo, y se adelantó al predicamento de costumbre, por la cual reconocieron generalmente en la Iglesia y en sus jueces competente jurisdiccion para declarar los delitos y casos en que aprovecha la inmunidad de la Iglesia: D. Ram. de Manz. *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 54., ibi: *Tamen ex Castellana Hispaniæ consuetudine, controversiæ qualiscumque de immunitate, pronuntiationemque deferri ecclesiastico judici. Idque hodie apud nos adeo notum, ut testibus non egeat*; *tametsi et olim dubitatum, et diversæ in aliis provinciis, ut in Aragonia, Lusitania, et Vasconia, et extra Hispaniam, observantiæ sint, et dubitari, ac disputari potuerit ex jurisperitorum suffragiis, quæ non recensemus*; y en el n. 6. *Quo etiam casu ex consuetudine nostrate, ut præmonuimus, tametsi ex pura juris censura causatior dubitatio esse posset, cognitio et pronuntiatio de immunitate est ecclesiastici judicis.*

18 Este último estado, aunque no es general ni uniforme en toda España, debe guardarse sin alteracion, teniéndolo á la vista los jueces reales para arreglar sus providencias, entretanto que el rey no tome otro algun acomodamiento con la santa sede, como lo ha hecho en beneficio de la causa pública en muchos casos relativos á esta especie de inmunidad, señalados en las bulas pontificias y en otras constituciones apostólicas.

19 Por todas ellas se reserva á los jueces eclesiásticos el conocimiento y declaracion de las dudas que ocurren en punto de la inmunidad local, y deben arreglarse en sus procedimientos al órden, forma y límites que señalan las mismas constituciones apostólicas, sin ofender en su transgresion la jurisdiccion real, ni embarazar á las justicias el uso de ella en los casos en que fundan de derecho su intencion; los cuales se explicarán para mayor claridad con las decisiones de los supremos tribunales regios, que contienen los violentos excesos de los jueces eclesiásticos.

20 Cuando los ministros reales aseguran al delincuente lego en lugar profano por delito privativo de la jurisdiccion real ó misto, y pretesta el reo que el lugar de su prision es inmune, y el eclesiástico abriga este intento, dándole algun colorido en los autos que forma, y le manda restituir á la Iglesia, si lo resiste el juez real, porque halla probado en su proceso que el lugar de la aprehension es profano, y sin embargo el eclesiástico lo declara por inmune, y que debe gozar el reo de todos sus efectos; apela de esta providencia el juez real, y protesta el real auxilio de la fuerza: usa de él en

los tribunales supremos: mandan estos venir á ellos los autos originales obrados por los dos jueces; y si hallan (combinadas sus probanzas) que el lugar de la aprehension del reo es notoriamente profano, ó que se justifica mejor esta calidad, declaran «que hace fuerza el eclesiástico en conocer y »proceder.»

21 Estas determinaciones se concebian en la forma ordinaria, segun se hace en los demas casos, en que no tiene jurisdiccion el eclesiástico, y usurpa ó impide la real: D. Ramos del Manz. *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *capítulo* 54. *n.* 16.: Ceballos *Com. contra com. q.* 817. *n.* 14.

22 Pero como el Consejo ha dedicado siempre todos sus cuidados á dar á la Iglesia el mayor honor y respeto, apartando de sus procedimientos aun las apariencias de ofensivos á la inmunidad y franquicias de la Iglesia, meditó una nueva forma que indicase en las expresiones de sus decretos haber tomado el juez eclesiástico con justo motivo el conocimiento y declaracion de la duda acerca de la inmunidad en este caso, señalando la violencia y exceso en el punto de su determinacion turbativa de la jurisdiccion real: Ram. del Manz. *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 54. *n.* 6. ibi: *Si vel liquido constet, vel saltem probationes potiores sint, reum non in ecclesia, sed in profano loco captum, expeditur violentiæ decretum sub ea formula, quasi per manus tradita, ecclesiasticum judicem in cognoscendo, et procedendo, quomodo in ea causa cognovit, processitque, vim fecisse, et proinde acta illius nulla, et laico judici causam remitti.*

23 En la primera parte de los referidos decretos se conciben sus expresiones, como si fueran relativas al modo de conocer y proceder, pero terminan con todos los efectos de las fuerzas en conocer y proceder, estimando nulos los procedimientos del eclesiástico, y remitiendo la causa al juez lego; y con esto le queda libre el uso de su jurisdiccion, y continúa hasta imponer al reo la pena correspondiente: Ram. del Manz. *dict. lib.* 3. *cap.* 54. *nn.* 6. *et* 16.

24 Si la calidad del lugar, en que fué aprehendido el reo, resultase dudosa por los autos de los respectivos jueces, no tiene lugar el recurso de fuerza en conocer y proceder, ni en el modo, y solamente cabe en el otorgamiento de la apelacion, á la cual se manda deferir, para que el juez real pueda seguirla ante los superiores del eclesiástico en cuanto á la inmunidad; y con este fin deben preservarse los jueces reales, interponiendo la apelacion sin perjuicio y con protesta del recurso de fuerza.

25 Una advertencia debe hacerse, y no perder de vista los que hayan de juzgar y determinar la fuerza en el caso referido, y es que la jurisdiccion real funda por derecho comun el conocimiento de la causa por la calidad del delito, por la del reo, y por la del territorio; y esta presuncion hace mucho peso en el juicio de los tribunales supremos para no dar lugar con facilidad ó escrupuloso temor á las probanzas del proceso que forman los jueces eclesiásticos acerca de la inmunidad local; pues como esta cualidad es todo el fundamento de la intencion y jurisdiccion de la Iglesia, debe esta justificarla de manera que venza, ó á lo menos haga balancear la presuncion comun del juez real: Covarrub. *Variar. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 1.: Menoch. *de Præsumption. lib.* 1. *præsumpt.* 36. *lib.* 3. *præsumpt.* 143. *n.* 21.: *lib.* 4. *præsumpt.* 116. *n.* 34.; *et lib.* 6. *præsumpt.* 13. *n.* 6.

26 Salen muchas veces los refugiados del recinto ordinario de la iglesia, préndenlos las justicias reales, reclaman la prision como ejecutada dentro de los límites del lugar inmune, ó por no haber perdido el asilo; y con este motivo pide el juez eclesiástico la restitucion del reo á la iglesia: resístelo el juez real, y estrechando aquel sus procedimientos, da lugar á la apelacion y al recurso de fuerza.

27 Para resolver la fuerza deben tenerse á la vista las circunstancias de los casos, que pueden reducirse á tres: el primero si estando el reo en la iglesia saliese á sus inmediaciones, y siendo preso en ellas produjese, para liber-

tarse del juez real, que el lugar de su prision era inmune por la continencia con el templo y sus franquicias.

28 En estas circunstancias trata el reo de conservar su primitiva inmunidad, asegurándose en la cuasi posesion de la que tenia, y habia adquirido por el refugio á la Iglesia: la jurisdiccion real funda todo su intento en haber perdido el reo aquella, saliendo voluntariamente del recinto del lugar inmune; y queda reducida toda la duda á probar la cualidad de profano, que sirve de fundamento á la jurisdiccion real. Para estimarla pues, y declarar por consecuencia que corresponde el conocimiento de la causa y castigo del reo al juez real, debe tenerse atencion á que este es actor, y solicita probar la mutacion ó pérdida de la inmunidad en que estaba el reo, y debe concluir uno y otro con sólida justificacion; pues habiendo alguna duda acerca de la inmunidad del lugar contiguo á la iglesia, en donde se supone haber sido preso, no deben estimarse por violentos los procedimientos del eclesiástico, y solo pueden enmendarse por el medio ordinario de la apelacion.

29 El segundo caso, en que puede ocurrir igual disputa, es si saliendo el reo de la iglesia á larga distancia, y poniéndose en lugar notoriamente profano, fuese perseguido por la justicia real, y preso en las cercanías de la iglesia de donde habia salido, ó de otra, y alegase que aquel lugar participaba de la inmunidad de la Iglesia.

30 En estas circunstancias funda la jurisdiccion real su intencion, sin necesidad de probar la pérdida de la inmunidad, que el reo gozaba por su primer refugio á la Iglesia, por calificarlo así la distancia y notoriedad del lugar profano á donde salió, y es del cargo del reo justificar plenamente haber tomado nuevo asilo; y sino lo hiciese, y las probanzas del juez real calificasen con evidencia ó con mayor peso la cualidad de lugar profano en donde se hizo la prision, considerando por mayor influjo de esta prueba el fundamento comun en que descansa, deberá estimarse la fuerza del eclesiástico, concibiéndola con las mismas expresiones de «conocer y proceder, como conoce y procede,» y remitirse la causa al juez real, segun se usa, y queda demostrado en el primer caso de la nueva adquisicion de inmunidad.

31 Sin variar los términos de haber desamparado el reo la iglesia, segun se ha propuesto en el caso anterior próximo, ocurre muchas veces la diferencia sobre ser preso por la justicia real en territorio notoriamente profano, y pretender sin embargo el reo conservar su primera inmunidad, pretestando que fué extraido con engaño ó por violencia precisa, ó procurada por los medios de privarle del alimento natural ú otros de igual intento. Abrigan los jueces eclesiásticos con demasiado esfuerzo estos pensamientos, y los autorizan con apariencias de piedad, declinando su juicio con fácil influjo á la indulgencia y libertad de los reos. Si resisten su entrega los jueces reales, ejercitan contra ellos el cuchillo de la excomunion, y como no alcanza la apelacion á suspender sus efectos, porque consideran despojada la Iglesia, se hace necesario el recurso de fuerza.

32 En la declaracion de la fuerza se debe considerar que la justicia real justifica en los mismos hechos notorios de la aprehension todos sus procedimientos, y que el reo y la Iglesia, para embarazarlos, alegan una excepcion de engaño ó violencia, que deben probar como fundamento de su intencion, segun las reglas comunes que se han notado, y son bien notorias; y bajo este concepto se ha de dar valor á la intencion del juez real, declarando que el eclesiástico hace fuerza «en conocer y »proceder, como conoce y procede,» remitiendo á la justicia real el conocimiento de la causa, para que proceda en ella contra el reo, como hallare por derecho.

33 Otro caso, no menos expuesto á controversias entre la jurisdiccion real y la eclesiástica, se ofrece muy de ordinario con aquellos reos, que se acogen y mantienen en el asilo de los templos por delitos notoriamente exceptuados en las disposiciones canónicas de la inmunidad.

34 Con respecto á estos delincuen-

tes deben distinguirse dos puntos, uno el de la extraccion, y otro el de la continuacion de la causa hasta la imposicion de las penas, aunque sean corporales y graves.

35 En cuanto al primer punto puede el juez real extraer de la Iglesia sin licencia del obispo al refugiado. Esta es una conclusion que comprueban las disposiciones canónicas, las leyes del reino, y los autores mas inclinados por su piedad y carácter á la potestad de la Iglesia y á la de sus jueces.

36 En el *cap.* 6. *ext. de Immunitat. Ecclesiar.* supone por regla el sumo pontífice Inocencio III que por los establecimientos de los sagrados cánones y disposiciones de las leyes civiles todo hombre libre, que se refugie á la Iglesia, por grave que sea su delito, no debe ser extraido de ella violentamente, ni condenado á muerte ó pena, encargando á los rectores de las mismas iglesias su proteccion y defensa.

37 En el progreso de esta misma disposicion se limita con respecto á los ladrones públicos, y á los que destruyen de noche los campos, los cuáles pueden segun el tenor de ella ser extraidos de la Iglesia, sin dar seguridad de su impunidad, ibi: *Ab ecclesia extrahi potest, impunitate non præstita, secundum canonicas sanctiones.*

38 La regla y su limitacion guardan uniforme correspondencia en todas sus partes y circunstancias, y defendiéndose en aquella la extraccion violenta de los reos, en cuya clase consideran las constituciones canónicas las que por su propia autoridad hacen los jueces reales en los casos que dispensa la Iglesia su inmunidad á los refugiados, es consiguiente necesario se entienda la limitacion de la propia extraccion, permitida á la justicia real en los exceptuados.

39 En las *leyes* 4. *y* 5. *tit.* 11. *Part.* 1., dejando ya establecido el amparamiento, y seguridad que deben haber los que se huyeren á sagrado, se mencionan diferentes yerros ó delitos que por su gravedad excluyen la inmunidad y defensa de la Iglesia, de la cual pueden sacar los reos sin calumnia alguna, *ibi*: «Pero y ha que non »deven ser amparados en ella; ante los »pueden sacar della, sin caloña algu»na:::::: é por esto mandó el derecho »de las leyes antiguas que los saquen »dellas sin caloña ninguna.»

40 En la *ley* 6. *tit.* 4. *lib.* 1. *de la Recop.* (Leyes 9. tit. 1. lib. 2. y 6. tit. 12. lib. 12. de la Nov. Recop.) se prohibe á los jueces eclesiásticos el uso de las armas temporales en ejecucion de su justicia, y el poner cualquiera otro impedimento á la jurisdiccion real; y entre los casos que refiere comprendidos en la enunciada prohibicion, uno es que no estorben á las justicias sacar los reos de las iglesias, cuando no deben gozar de la inmunidad de ellas.

41 Aunque no fueran tan claras las disposiciones canónicas y reales, las hallamos entendidas y explicadas así por los autores de primera nota: Covarrub. *Variar. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 18. *vers.* 34. ibi: *Infertur ex prænotatis judicem laicum jure posse abducere criminosum ab ecclesia, etiam abque licentia episcopi, quoties juxta canonicas sanctiones delinquens ab ecclesia extrahi potest, nec immunitas ecclesiarum ex eo violatur, siquidem cum ecclesia tunc ad eam fugientem minime tutetur, nec tutari velit, nulla fit ei injuria, si propia auctoritate judex etiam secularis eos per vim abduxerit, quod moribus, et praxi christiani orbis receptum est*: Abas *in cap.* 6. *de Immunit. column.* 9. *vers. Ulterius quæritur*: Ram. del Manz. *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 54. *num.* 19. *cum pluribus ibi relatis*: Acevedo *in leg.* 3. *tit.* 2. *lib.* 1. *Recop. n.* 19. *in fine*: Avendaño *in cap. Prætor. cap.* 22. *n.* 9.

42 La bula de la santidad de Clemente XII expedida en 29 de Febrero de 1734, que empieza *In supremo justitiæ solio*, relativa al gobierno y administracion de justicia en su estado pontificio, refiriéndose á otras anteriores constituciones apostólicas, en confirmacion y declaracion de ellas establece y dispone que los reos de homicidio, aunque sea en pendencia, hecho con armas ó instrumentos proporcionados por su naturaleza para matar, como el homicidio no sea casual, ó eje-

exentado por la defensa natural de sí mismo, de ninguna manera gocen del referido beneficio de la inmunidad.

43 Sobre este supuesto prescribe el órden y forma con que semejantes reos deben ser extraidos de la Iglesia, dejando todo el conocimiento y autoridad al juez eclesiástico, precediendo en cuanto á los legos el requerimiento del juez real, ibi: *Utque reorum ratione homicidii, ut præfertur, excepti, inquisitorum, seu bannitorum, et in contumaciam condemnatorum extractio ab ecclesiis, aliisque locis immunibus, atque traditio suo cuique judici competenti, legitimis modo et forma à curia ecclesiastica fiant: volumus, et ordinamus, ut quotiescumque judici ecclesiastico competenti innotuerit aliquem laicum, seu ecclesiasticum ex causa homicidii excepti inquisitum, atque processatum ad ecclesiam, seu locum immunem confugisse; ibique moram trahere, ac ea super delicti qualitate, ac personæ reitate subministrata, vel acquisita, suppetant indicia, quæ ad capturam decernendam sufficere videatur; tunc idem judex ecclesiasticus ex officio, ac nemine etiam requirente, si delinquens sit clericus, sin vero laicus, postquam à curia seculari requisitus fuerit, ad ipsius delinquentis extractionem ab ecclesia seu loco immuni, implorato etiam ad hoc, quatenus opus sit, auxilio brachii secularis, et cum interventu personæ ecclesiasticæ ab episcopo deputandæ, devenire teneatur.*

44 Á consecuencia del concordato celebrado entre esta córte y la de Roma el año de 1737, se extendió y amplió á todos los reinos de España la enunciada constitucion apostólica, insertándola para su observancia en la expedida con fecha de 14 de Noviembre del mismo año 1737, que empieza, *Alias Nos.*

45 Los casos comprendidos en la constitucion referida son notoriamente exceptuados de la inmunidad; y ligando la extraccion de los reos al conocimiento y accion del juez eclesiástico, parece que destruye toda la autoridad real, que se ha fundado, para extraer por sí sin licencia del eclesiástico á los que se refugian á la Iglesia por delitos, notoriamente exceptuados de su inmunidad.

46 ¿Quién podrá persuadirse solicitase el rey, ni admitiese en sus dominios un nuevo establecimiento que destruyese los antiguos? Porque estando estos recibidos por uniforme costumbre, al paso que son tan ventajosos á la jurisdiccion real, se conforman á las leyes comunes y utilidad pública, que se asegura en el pronto y desembarazado ejercicio de la justicia para el castigo de los delincuentes, á quienes no protege la Iglesia, antes bien protesta por sus leyes que no intenta defenderlos. Quien procede á su extraccion obra en todo conforme á las intenciones de la Iglesia. ¿Pues qué injuria puede hacerla quien observa sus preceptos? Si la razon de justicia ó la de equidad y conveniencia no hubieran introducido por disposicion de los príncipes temporales, ó fuese por la de la Iglesia, la proteccion y defensa en cuanto á las penas corporales de los que buscan el asilo de ella, no habria términos para dudar del uso de la jurisdiccion real en la extraccion de los delincuentes refugiados; pues á este punto llegan, y á este principio se reducen aquellos que repudia de su abrigo la misma Iglesia, considerándolos indignos de la benignidad y proteccion que solicitan.

47 Estas consideraciones, que son de grave peso, hacen conocer que la citada constitucion apostólica debe ser entendida en cuanto á la extraccion de los reos en los casos dudosos de su inmunidad. Este pensamiento, que tanto se uniforma con las leyes comunes, se presenta en el contexto de la misma bula; y para que se perciba con mayor claridad, debe notarse que el defecto de inmunidad deja de ser notorio por el delito ó por el delincuente.

48 Si el delito no es de los expresados en las constituciones canónicas, pero tiene el mismo punto ó mayor de enormidad, consideran algunos, con opinion bastante bien fundada, estar comprendidos en la propia ley, y participar de igual efecto en la exclusion de inmunidad; pero otros autores

no admiten extension alguna de lo específico de las constituciones apostólicas, ni dan entrada en este punto á las disposiciones y declaraciones de las leyes reales; y en este conflicto y contrariedad de opiniones falta la notoriedad de no gozar de la inmunidad el refugiado, y no debe proceder á su extraccion el juez seglar: Covarrub. *Variar. lib.* 2. *cap.* 20. *cum sequent. ubi plures refert*: Ram. del Manz. *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *capit.* 54. *n.* 5.: Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 100. ibi: «Ni en los casos dudosos »se resuelva fácilmente á sacar al re»traido, pareciéndole que está en la »mano el poderle restituir á la Iglesia, »pero cuando en caso de opinion en»contrada entre los Doctores, sacare el »Juez al delincuente de la Iglesia, no »debe ser por ello punido.» Carrasco del Saz *ad leg. Recop. cap.* 3. §. 1. *ext. de Delinquentibus, qui ad ecclesiam confugiunt*, *n.* 12.

49 En las muertes alevosas y seguras, cuyos autores por las constituciones canónicas antiguas y por las leyes reales gozaban de la inmunidad de la Iglesia, aunque constase del cuerpo del delito, si no estaban plenamente probadas su calidad y circunstancias, quedaba pendiente la duda acerca de la inmunidad, y no podia entrar el juez real á extraer el refugiado. Lo mismo se entiende con respecto á los demas delitos calificados, si no está probado el fundamento que excitó la exclusion de inmunidad.

50 Aun cuando constase del delito y de sus circunstàncias, sino resultase igual prueba del delincuente refugiado, aunque se halle indiciado, queda tambien dudosa su inmunidad, y debe asegurarse el eclesiástico, antes de permitir su extraccion, con la caucion que da el juez real; y con este respecto interviene en ella, y despojaria el juez seglar á la Iglesia de la inmunidad que funda por regla general, si procediese á la extraccion del reo sin constarle claramente del caso de la excepcion.

51 Estos son los términos en que puede tener lugar la observancia de la citada bula de la santidad de Clemente XII, y así lo demuestra su literal contesto, pues el primer caso de la extraccion de los reos indiciados y procesados, en que se pide la licencia del juez ordinario eclesiástico á requerimiento del seglar, no puede entenderse del notorio defecto de inmunidad: porque bien que conste plenamente del homicidio, y sea tambien cierto, por ser expréso en la misma bula, que no debe gozar su autor de la inmunidad, queda en pie la duda en cuanto á proceder á la prision del reo, á quien solamente se supone indiciado, *In dicta Bulla*: *Utque reorum ratione homicidii, ut præfertur, excepti inquisitorum, seu bannitorum, et in contumaciam condemnatorum extractio ab ecclesiis, aliisque locis immunibus, atque traditio suo cuique judici competenti legitimis modo et forma à curia ecclesiastica fiant, volumus et ordinamus, ut quotiescumque judici ecclesiastico innotuerit aliquem laicum, seu ecclesiasticum ex causa homicidii excepti inquisitum, atque processatum ad ecclesiam, seu locum immunem confugisse; ibique moram trahere, ac ea super delicti qualitate, ac personæ reitate subministrata, vel acquisita, suppetant indicia, quæ ad capturam decernendam sufficere videatur, tunc idem judex ecclesiasticus ex officio, ac nemine etiam requirente, si delinquens sit clericus, sin vero laicus, postquam à curia seculari requisitus fuerit, ad ipsius delinquentis extractionem ab ecclesia, seu loco immuni, implorato etiam ad hoc, quatenus opus sit, auxilio brachii secularis, et cum interventu personæ ecclesiasticæ ab episcopo deputandæ, devenire teneatur; extractumque ad suos, si tuti, et securi fuerint, sin minus ad curiæ secularis carceres asportari, ibique detineri curet, et faciat*; y así se ejecuta la prision por ligeros que sean los indicios: Gomez: *Var. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 1. *in fine*, ibi: *Sed bene sufficeret alius testis, licet non idoneus, ut minor, servus, consanguineus, infamis, vel alias inhabilis persona*: Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 137. *In delictis gravibus, et inferentibus pœnam corporis afflictivam,*

*ad capturam sufficit quale quale indicium, et qualis qualis informatio.*

52 En los mismos términos se concibe la extraccion del reo condenado en rebeldía, con la caucion de reintegrarle á la Iglesia, siempre que en su defensa elida los indicios que motivaron la sentencia.

53 La santidad de Gregorio XIV en la bula expedida el año de 1591, primero de su pontificado, hace memoria de los indultos de los sumos pontífices Sixto V y Pio V, concedidos á los príncipes y magistrados seculares para que pudiesen extraer de la Iglesia y otros lugares inmunes á los delincuentes en algunos casos, no exceptuados expresamente en las constituciones apostólicas; y suponiendo haber nacido no pequeña turbacion y confusion de la inmunidad y libertad de la Iglesia, así por la diversidad de los indultos como por el abuso con que lo interpretaban á su arbitrio los mas de los ministros de los príncipes, revoca y anula todos los anteriores indultos apostólicos que hablasen de este punto, reduciéndolos á su disposicion, que dice así: *Ut laicis ad ecclesias, locaque sacra, et religiosa prædicta confugientibus, si fuerint publici latrones, viarumque grassatores, qui itinera frequentata, vel publicas stratas obsident, ac viatores ex insidiis aggrediuntur, aut depopulatores agrorum, quive homicidia, et mutilationes membrorum in ipsis ecclesiis, eorumve cæmenteriis committere non verentur, aut qui proditoriè proximum suum occiderint, aut assassini, vel hæresis, aut læsæ majestatis in personam principis rei, immunitas ecclesiastica non suffragetur.*

54 En esta parte deja reducida la citada disposicion la exclusion de inmunidad solo á los ocho casos que refiere, concediéndola y restituyéndola á todos los demas que por anteriores indultos de sus predecesores, derecho comun y antigua costumbre, no gozaban del asilo de la Iglesia.

55 Consiguiente á lo dispositivo de esta constitucion ordena á los patriarcas, primados, arzobispos, obispos, y demas prelados de las iglesias y monasterios, que siendo requeridos por los jueces seglares, les entreguen los legos, que por los referidos delitos se hubiesen refugiado á las iglesias.

56 En esta parte hace privativo de los prelados eclesiásticos el conocimiento y extraccion de los reos en los referidos delitos, sin embargo de ser notoriamente exceptuados de la inmunidad; y ratifica este pensamiento, inhibiendo expresamente á los jueces seglares de la extraccion de dichos reos, pues dice: *Volumus, dictaque auctoritate decernimus, et declaramus, ut curia secularis ejusque judices, et officiales ab ecclesiis, monasteriis, locisque sacris prædictis laicum aliquem, ut præfertur, delinquentem, in nullo ex casibus supra dictis, sine expressa licentia episcopi, vel ejus officialis, et cum interventu personæ ecclesisticæ ab eo auctoritatem habentis, ad quos solos, et non alios episcopi inferiores, etiamsi aliàs ordinarii sint, aut nullius diœcesis, aut conservatores ab hac sede specialiter, vel generalitèr deputati, prædictam licentiam dandi facultas pertineat. Occurrente autem casu in loco exempto, et nullius diœcesis, tunc ad episcopum viciniorem devolvatur hæc cognitio, et non ad alios, capere, extrahere, aut carcerare non possint, nisi eo casu, quo episcopus, et dictæ personæ ecclesiasticæ requisitæ, illos in delictis superius expressis culpabiles, tradere, aut capturare, carcerationi interesse, et assistere recusarent. Tuncque reverentiæ ecclesiæ, et locis sacris debitæ memores, prædictos delinquentes minori, quo id fieri poterit, cum scandalo, et tumultu, extrahere curent. Quodque delinquentes laici prædicti, postquam, ut præfertur, ab ecclesiis, locisve sacris extracti, et capti fuerint, ad carceres curiæ ecclesiasticæ reponi, et inibi sub tuto, ac firmo carcere, ac opportuna custodia, data illis, si opus fuerit per curiam secularem, detineri debeant; nec inde extrahi, curiæque seculari prædictæ consignari, nec tradi possint, nisi cognito prius per episcopum, seu ab eo deputatum, an ipsi verè crimina superius expressa commiserint.*

57 Las novedades, que á la verdad introducia en la república la enunciada bula con grave daño de la administracion de justicia, y en ofensa de la jurisdiccion real, autorizada por los antiguos derechos y costumbres para extraer sin prévia licencia de los jueces eclesiásticos los reos refugiados, así por los delitos expresados en las constituciones apostólicas como por otros de igual ó mayor enormidad, que pudieron entenderse comprendidos en ellas, dieron justo motivo para no admitirla; y con efecto no se recibió en España ni en otros reinos, antes bien se suplicó de ella á su Santidad: Ramos del Manz. *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 44. *n.* 6. *cum plurib. ibi relatis*; *et dict. lib. cap.* 54. *n.* 18. *vers. Porro*: Salgado *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 2. *sect.* 3. *n.* 141. ibi: *Pariformiter Bulla Gregorii XIV super immunitate ecclesiarum disponens, in Hispania non servatur, quia usu recepta non fuit*: Van-Spen *in Jus Eccl. univ. tom.* 6. *tract. de Asilo templor. cap.* 9. *n.* 11. *vers. Non mirum.*

58 La misma fortuna hubiera justamente tenido la bula del señor Clemente XII, si su inteligencia fuera, como se figura, de hacer privativo del ordinario eclesiástico el conocimiento sobre la extraccion de los reos notorios en un caso exceptuado, como lo es el del homicidio.

59 En demostracion de este último pensamiento es de atender que la santidad de Gregorio XIV, hecha la extraccion del reo con la formalidad prevenida, manda que sea conducido á las cárceles de la curia eclesiástica, y que permanezca en ellas con la seguridad correspondiente al cuidado de los jueces seglares.

60 En este mismo punto conviene la citada bula del señor Clemente XII, pues dispone igualmente que sean puestos los reos en las cárceles de la curia eclesiástica, ibi: *Extractumque ad suos, si tuti, et securi fuerint, sin minus ad curiæ secularis carceres asportari, ibique sub tuta custodia detineri curet, et faciat.* Pero sin embargo de ser relativa esta disposicion al caso dudoso de la inmunidad, como se ha fundado, no se observa lo que prescribe en cuanto á poner los reos en la cárcel de la curia eclesiástica, y siempre se conducen á la real, en donde sobre su mayor seguridad se proporciona el seguimiento de la causa, teniendo el juez á mano al reo para recibirle sus declaraciones, confesiones, y hacer los reconocimientos, careos y demas diligencias indispensables.

61 Instruidos ya por la série de las enunciadas constituciones, y por las doctrinas sólidas que se han establecido, de las facultades que competen al juez real en cuanto á la extraccion de los reos, es facil conocer cuando hace fuerza el eclesiástico impidiéndolas, ó no condescendiendo á los requerimientos del juez seglar en los casos dudosos, concurriendo los indicios suficientes para la prision.

62 Cuáles sean estos, y si deben constar al juez eclesiástico por el proceso que forma el seglar, ó por su testimonio, es otra duda que presenta la enunciada bula del señor Clemente XII, y ocurre con mucha frecuencia entre unos y otros jueces. Los eclesiásticos fundan su intencion para reconocer el proceso, ó instruirse por su contexto ó por testimonio de él de la cualidad del delito, y de los indicios que resultan contra el reo refugiado en las palabras de la bula, ibi: *quotiescumque judici ecclesiastico competenti innotuerit.* ¿Cómo podrá constarle la cualidad del delito, y estar el reo suficientemente indiciado para proceder á su extraccion, sino acompaña el juez seglar su requerimiento con la justificacion que resulte ya de la causa?

63 La misma justificacion, que apetece y prescribe el derecho para la prision del reo, es igualmente necesaria para su extraccion del lugar inmune, á que debe preceder la correspondiente justificacion de parte del juez eclesiástico, á la manera que la prision no puede ser ejecutada por el juez real, sin que primero vea justificados los indicios por las declaraciones formalizadas y extendidas en el proceso: Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 138, ibi: *Extende insuper quod in quocum-*

*que delicto, sive gravi, sive enormi, et contra quaslibet personas nobiles, pauperes, seu viles, captura nec solet, nec debet decerni informatione extrajudiciali, et in scriptis non redacta*; y lo mismo sienten otros muchos autores que allí refiere.

64 Los delitos graves llaman toda la atencion del juez á su reconocimiento y justificacion; y constando ya del cuerpo de él por los medios que corresponden á los que son permanentes, y á los transeuntes, dirige sus primeros pasos á indagar su autor, tomando las noticias con la posible actividad, aunque rara vez dan tiempo los sucesos para formalizarlas en el proceso con la brevedad que pide la persecucion y seguro del reo. Pero como el juez real le considera legalmente indiciado por las declaraciones que ha recibido, y por las diligencias practicadas con la formalidad necesaria, aunque no las haya extendido en el proceso, continúa seguro á la prision del reo: Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 138. en donde hace una limitacion, *tribus concurrentibus: delictum grave, et enorme, carcerandus sit suspectus de fuga:::: dum testes in scriptis rediguntur; tertio, quod judex sit securus testes venire postmodum ad se examinandos,::::: et hoc quando procedit judex ex officio*: Carrasco del Saz *ad Leg. Recop. cap.* 3. §. 1. *num.* 13. ibi: «*Passim accidit* (ocurre frecuentemente) que se da noticia á la justicia real »seglar de alguna muerte, herida, ó »pendencia de que consta, ó por relacion del herido, ó por vista del cuerpo muerto, ó aviso que se da de ello, »todo muy presto; y de dónde está, ó »puede estar el delincuente, ó delincuentes culpados: lo ordinario es ir »luego á la iglesia á donde se retrajeron á sacarlos ó buscarlos, aun sin »escribir, ni preceder autos, ni informacion, constando del delito de muerte, ó heridas. (Pregúntase) si el juez, »que sin atender á mas, acude á sacarlos de la iglesia, ¿pecará mortalmente?::::: (y se responde) que cuando »hay certidumbre de que no goza, reducida á autos y pruebas, por donde conste la verdad del caso, en este »no se ofende la inmunidad de la Iglesia, ni el juez peca, sacando al delincuente ó delincuentes.» Bobadilla, *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 94. «Y no pudiendo »ejecutarla por hallarse refugiado á la »Iglesia, pasa los oficios con el juez »eclesiástico, instruyéndole por su papel, ó por informe que le haga *ad* »*aures* (si tiene para esto mas oportunidad), así del delito, como de estar »indiciado el que se halla refugiado »en lugar inmune; y con esta sencilla »relacion pide la licencia para extraerle, y debe darla el eclesiástico sin »exigir mayor justificacion por los autos, ó testimonio de ellos.»

65 Esta práctica, observada comunmente por los ministros reales, se afianza con demostracion, en que el informe del juez califica los hechos que refiere, á lo menos en aquel concepto capaz de inducir contra el reo sospecha suficiente para su prision, y por consecuencia para extraerle, *ex traditis num. próximo.*

66 Asegúrase igualmente la enunciada práctica en que informando el juez real al eclesiástico de la certeza del homicidio, y de haberse refugiado á la Iglesia el que se sospechaba reo, tiene en su mano, si dudase de la verdad, instruirse prontamente de ella, pasando al lugar inmune en que estuviese refugiado el sospechado reo; y sin otra justificacion que la de su fuga y retiro, tiene la suficiente para deferir á la extraccion, así como el juez real podria por la sola fuga despues del delito proceder seguramente á su prision: Gomez *Variar. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 10. *vers. Quartum indicium, et in leg.* 76. *Tauri, n.* 12.

67 La extraccion ejecutada con licencia del eclesiástico no irroga la mas ligera injuria á la Iglesia, antes bien prueba mucha veneracion y respeto. Tampoco grava al reo, pues asegura, en virtud de la caucion que da el juez real, ser bien tratado en la cárcel, y restituido á la Iglesia, si debiese gozar de inmunidad.

68 Si se dilata la extraccion, deteniéndola el eclesiástico con pretesto de formalidades, se da lugar á la fuga del reo, y queda la república defraudada

del castigo y del escarmiento en los casos que no indulta la piedad de la Iglesia; de consiguiente falta la administracion de justicia, y se introduce la turbacion y el escándalo.

69 Entre estos dos extremos debe inclinarse cualquiera juez al primero, porque á ninguno daña; y cuando mas es un perjuicio ligero y momentáneo, cuya enmienda queda preservada con la caucion del juez real, pero ninguna hay para reparar los perjuicios que causa el reo á la república con su fuga.

70 Este pensamiento se descubre á primera reflexion en la citada bula del señor Clemente XII, notando en ella que la instruccion ó noticia que pide como necesaria en el juez eclesiástico del delito y reo indicado, la explica su santidad con el verbo *innotuerit*, ibi: *Quotiescumque judici ecclesiastico competenti innotuerit*, cuya significacion se refiere con propiedad á un conocimiento fuera de solemnidades judiciales: Duchang. *Gloss. mediæ et infimæ latinitat. verb. Innotescere ex ibi relatis*; Ambros. Calepin. *verb. Innotesco.*

71 Esta inteligencia se hace mas demostrable, reflexionando que en el segundo acto de la entrega y consignacion del reo al juez real, que toca ya en la declaracion judicial de ser el delito exceptuado de la inmunidad, y el reo gravemente indiciado, el conocimiento del eclesiástico se explica en la misma bula con expresiones judiciales relativas al proceso formado por el juez seglar, despues de la extraccion del reo: *Ubi vero ex processu informativo desuper conficiendo::::: cognoverit.*

72 La cuidadosa prevencion, con que manda su santidad que en el acto de la consignacion del reo tome conocimiento el juez eclesiástico de los indicios suficientes que resulten contra el refugiado para la tortura por el proceso informativo del juez real, es otro argumento de no haber deseado igual instruccion y conocimiento de los indicios relativos á la extraccion.

73 Esta diferencia en el exámen de los referidos indicios dice consonancia con los respectivos fines; pues en el primero no se toca en la inmunidad, ni en el derecho que á ella tiene el refugiado; pero en el segundo se interna su declaracion á desnudar al delincuente de todo su derecho, así con respecto al delito exceptuado como á la prueba de su autor; y es consiguiente que su exámen sea mas reflexivo y seguro.

74 En la traslacion de los refugiados á otras iglesias ó lugares mas distantes, ó restrictos en los presidios de Africa, ordenó la santidad de Benedicto XIV, y explicó su ilustrísimo nuncio en estos reinos por sus letras ó edicto de 20 de Julio de 1748 que para acordarla y condescender á ella por requerimiento de los magistrados seculares, se hiciese constar á los jueces eclesiásticos por la informacion ó testimonio legítimo y auténtico la calidad de los refugiados y de sus delitos; pero en estas mismas letras, cuando tratan de extraer dichos reos, y asegurarlos en la cárcel entretanto que se examina y declara ser justa y conveniente su traslacion, dispone se ejecute inmediatamente sin perder para ello el detenido conocimiento que apetecen en dicha traslacion, de suerte que cuando ha considerado su santidad necesario el conocimiento ó instruccion del eclesiástico por los autos del juez seglar, ó testimonio legítimo y auténtico de ellos, lo ha expecificado así, dando en esto la mas individual prueba de no necesitarla donde lo omite.

75 Si el juez eclesiástico requerido por el seglar con su papel ó informe, en que le dé noticia del delito, ó de estar indiciado el refugiado á la iglesia, no condescendiese á su extraccion, puede preparar la fuerza, remitiendo al tribunal real la sumaria en que conste lo referido; y en su vista se declara hacerla «en conocer y proceder, como »conoce y procede,» y se manda extraer el reo con la caucion ordinaria.

76 La referida constitucion del señor Clemente XII, segun su literal contesto, hace privativa del juez eclesiástico ordinario la accion de extraer al reo de la iglesia á requerimiento del seglar, sobre el conocimiento y exá-

men prévio que le encarga; y de aquí puede tomarse ocasion para dudar si en algun caso, tiempo y circunstancias, aunque sea dudosa la inmunidad por el delito ó con respecto al reo, podrá extraerse sin el conocimiento y licencia del ordinario eclesiástico.

77 Aunque las palabras de la citada bula resisten su extension, el objeto y espíritu de ella manifiestan que el conocimiento del juez ordinario no es privativo y absoluto para todos los casos, y solo sí adaptable á aquellos en que oportunamente pueda ocurrirse al juez ordinario eclesiástico sin riesgo de la fuga en la dilacion.

78 ¿Cómo es de creer se publicase una ley, cual es la citada bula, para el seguro de los reos que no deben gozar de inmunidad, y que en ella misma se preparasen los medios de hacerla ilusoria con su fuga, ó de molestar gravemente á los pueblos con la guarda y cuidado de su prision fuera del lugar inmune, entretanto que se ocurria al juez eclesiástico?

79 La enunciada bula, *Officii Nostri*, del señor Benedicto XIV, se motivó sobre las representaciones que le hicieron los magistrados seculares excitados del celo de la justicia, asegurando á su santidad que las mas veces sucedia en los homicidios, cuando los heridos gravemente no morian en aquel momento, y conservaban su vida por algunas horas ó dias, que el agresor refugiado á la Iglesia no podia ser extraido de ella, por no haberse verificado el homicidio exceptuado por el señor Clemente XII en su citada bula, *In supremo justitiæ solio*; y que antes bien estaban en el sagrado como atalayas y diligentes observadores por sí y por medio de otros, que les facilitaban las noticias del estado del herido; en cuya situacion si las dichas noticias eran favorables se mantenian seguros en el asilo, pero si conocian que se acercaba la muerte por resultas de las heridas, anticipaban su fuga, y dejaban ilusoria la diligencia de los magistrados seculares con grave daño de la tranquilidad pública.

80 Informado su santidad de los sucesos referidos, declaró y mandó que refugiándose á la Iglesia el que hubiese herido á otro, si resultase por el reconocimiento y declaracion de los cirujanos estar el herido expuesto á grave peligro de la vida, se procediese inmediatamente á la extraccion del reo con la caucion de restituirle, si viviese el herido mas tiempo del señalado por las leyes.

81 En esta constitucion apostólica se presenta mas descubierto el celo de su santidad, en no dejar ni un momento de intermedio en que se pueda aventurar la fuga de los reos, considerando por bastantes para este fin las pocas horas ó dias que pudiese vivir el herido. ¿Cómo pues se ha de pensar fuese la intencion del señor Clemente XII, ni la de los demas sumos pontífices querer sujetar á los magistrados seculares á solicitar con escrupulosas formalidades, del reverendo obispo ó sus oficiales, el permiso para extraer los reos, dando lugar con estas indispensables dilaciones á que estos, ya sean de homicidio consumado, ya de heridas graves, aprovechen mayores intermedios para su fuga, dejando ilusoria la mas exacta diligencia de los jueces seglares, y alentada la malicia de los delincuentes con la esperanza de lograr por este medio su impunidad?

82 Lo que quieren justamente los sumos pontífices es que los seculares no desprecien la autoridad de la Iglesia, ni falten á la veneracion y respeto con que debe ser tratada. ¿Qué mayor prueba de obsequio y sumision pueden los jueces seglares dar á la Iglesia, que solicitar su licencia para sacar los que se refugian á ella, asegurando su buen trato y restitucion? Ninguna diferencia arguye en el ánimo del juez real el dirigir sus oficios al reverendo obispo, su oficial ó á los demas prelados inferiores, que estan mas prontos para admitir el reconocimiento y seguro, que hace el mismo juez seglar á la Iglesia, con el fin de ocurrir al peligro de la fuga del reo, trasladándole con la misma inmunidad que deba gozar á lugar seguro.

83 La uniformidad de este pensamiento, demostrada por tantos medios con las piadosas intenciones de los su-

mos pontífices, se manifiesta mas á las claras en las enunciadas letras circulares expedidas en forma de edicto por el ilustrísimo señor arzobispo Nazianzeno, nuncio de su santidad en estos reinos, á 20 de Junio de 1748. En ellas refiere que para atajar los execrables abusos y excesos que cometian en estos reinos los delincuentes refugiados, valiéndose del asilo en delitos no exceptuados para salir á deshoras, y en tiempo que no podia precaverlo el cuidado de la justicia, á continuar sus delitos, turbando con ellos la república, solicitó de la silla apostólica la piadosa justificacion del señor Don Fernando VI el remedio conveniente, y propuso como mas oportuno se permitiese trasladar lc. tales reos de las iglesias y lugares de sus refugios á otros mas distantes ó restrictos en los presidios de África, adonde logrando los efectos de la inmunidad para no ser castigados en sus personas por sus pasados delitos, pudiesen ser contenidos para los futuros.

84 A esta reverente instancia condescendió la santidad de Benedicto XIV, dispensando á su reverendo nuncio en esta corte las facultades necesarias, para que en uso de ellas, segun su juicio y prudencia, en los casos que le pareciere convenir al público sosiego y tranquilidad de estos reinos, permitiese las mencionadas traslaciones.

85 Las referidas facultades comunicadas en carta del eminentísimo cardenal Valenti, secretario de estado de su santidad, con fecha en Roma á 10 de Abril de 1747, parece no alcanzaron á contener los insultos y turbaciones que producian al público semejantes reos; y como por otra parte venian dirigidas al ilustrísimo nuncio, en lo que estimase por su juicio y prudencia convenir al público sosiego y tranquilidad de estos reinos, pudo con alguna razon dudarse, si las tenia para cometer y subdelegar su ejecucion á otros: *cap.* 43. §. 1. *ext. de Offic. et potestat. Judic. delegat.*

86 Con este respecto comunicó su santidad al mismo ilustrísimo nuncio especiales facultades en carta del referido cardenal Valenti, de 25 de Abril de 1748, para que pudiese cometer y subdelegar sus veces y facultades, como así lo hizo, á los ilustrísimos arzobispos y obispos, sus provisores y vicarios generales, y á los reverendos abades, y demas personas que ejerzan jurisdiccion eclesiástica ordinaria, á cada uno *in solidum* en su distrito.

87 En la enunciada comision se previno que si algun otro caso se ofreciese, en que se dudase acerca de la utilidad de semejantes traslaciones, se haya de recurrir al ilustrísimo nuncio con los testimonios conducentes, para proveer en su vista lo que conviniese.

88 Tambien se advierte en la comision, que aun en los mismos casos especificados en ella y otros semejantes, cuyo exámen se encargaba á los muy reverendos arzobispos y demas personas referidas, podia asimismo ofrecerse duda sobre si convendria la traslacion, ó se estaba en el caso de ejecutarla; y teniendo presente que mientras se ocurria al nuncio en aquellos casos, y á los ordinarios contenidos en la cabeza de estas letras ó edicto en los demas ya expresados, podian dichos reos, por recelar que habian de ser trasladados á otras iglesias mas remotas ó de presidios, desampararlas, siguiéndose en ello el grave perjuicio de continuar en sus delitos y excesos; ordena y manda con el fin de evitarlo, que luego que la justicia secular pida la licencia referida, deban los tales reos ser asegurados; y si para ello los pidiese dicha justicia, la sean entregados, haciendo la debida caucion de que los tendrán como en depósito y sin opresion, y de que si les fuere negada dicha licencia, los volverán y restituirán al mismo sagrado.

89 En estas repetidas advertencias se mira bien descubierta la intencion de los sumos pontífices, explicada con diligente cuidado por su ilustrísimo nuncio, de asegurar los reos refugiados, y ocurrir á cualquiera contingencia de su fuga; pues teniendo consideracion á lo que podrian hacer por el recelo de ser trasladados, desea y manda que no se dilate su extraccion y seguro, en medio de las dudas que supone, y sin aguardar su exámen.

90 Si todo este desvelo cuesta al sumo pontífice y á su comisionado asegurar unos delincuentes, á quienes protege la Iglesia con su inmunidad, porque sus delitos no son de los atroces y graves, con mayor causa se debe estrechar la diligencia al seguro de aquellos que ejercitados en mas enormes insultos, merecen la indignacion de la Iglesia, y son mas temibles y perjudiciales á la tranquilidad del reino.

91 Todas las antecedentes consideraciones, que demuestran el espíritu é inteligencia segura de las citadas bulas apostólicas, en haber hecho privativo de los ordinarios eclesiásticos el conocimiento y licencia de la extraccion de los refugiados á la Iglesia, solo en los casos que lo permitan oportunamente, sin riesgo de la fuga, consintiendo en los demas que se extraigan con el permiso de los rectores ó prelados seculares ó regulares de las mismas iglesias en donde se hallen, se afianzan mas en la uniformidad que tienen con las comunes disposiciones de los cánones: *Concil. Magunt. can.* 39. ibi: *Reum confugientem ad ecclesiam nemo abstrahere audeat, nec inde donare ad pœnam, vel mortem, ut honor Dei, et sanctorum ejus conservetur, sed rectores ecclesiarum pacem, et vitam, ac membra ejus obtinere studeant, tamen legitime componat quod iniqui fecit*: Harduin. *tom.* 4. *pag.* 1015.: *Conc. Aurelian. IV can.* 21. ibi: *Si quis necessitatis impulsu ad ecclesiæ septa confugerit, et sacerdote, vel præposito ecclesiæ prætermisso, atque contempto, eum quisque de locis sacris, vel atriis, seu vi, seu dolo abstrahere fortasse præsumpserit; ut inimicus ecclesiæ ab ejus liminibus arceatur*: Harduin. *tom.* 2. *pag.* 1439.: *cap.* 6. *ext. de Immunitat. Ecclesiar.* De estas disposiciones no se presume haberse desviado los sumos pontífices, á no expresarlo con todas las individuales y extraordinarias circunstancias de los casos ocurridos: Salgado *Labyrint. part.* 1. *cap. final. n.* 171. *cum ibi relatis*: *leg.* 35. *Cod. de Inofficios. testam.*

92 El mejor intérprete de las leyes y de todas las disposiciones de los hombres es la observancia sucesiva: porque presenta en su abono otros tantos testigos, cuantos son los que las han entendido y guardado con uniformidad: *leg.* 23. *de Legib.*: *ley* 6. *tit.* 2. *Part.* 1. *ibi*: «Que ansi como acostumbraron los otros de la entender, ansi deve ser entendida é guardada.»

93 Cuando la observancia ha merecido la recomendable autoridad de los supremos tribunales en sus decisiones, obliga á venerarla y seguirla, sin arbitrio para dudar de ella: *leg.* 14. *ad Leg. Corn. de falsis*: *Sic enim inveni Senatum censuisse*: *leg. unic. de Offic. Præfect. Prætor.*: *Imperator Justin. Institut.* §. 6. *de Satisdat.* Castill. *Controv. lib.* 5. *cap.* 89. *n.* 98. ibi: *Id tamen non procedit in sententiis supremi Consilii, et tribunalium superiorum, quæ semper venerandæ sunt, et reverenter imitandæ in decissione causarum similium*: *leg.* 34. *de Legib.*: *ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1.

94 El Consejo ha calificado con repetidas determinaciones la inteligencia explicada de la citada bula del señor Benedicto XIV, estimando por bien hecha la extraccion de los refugiados á las iglesias con solo el permiso de sus respectivos rectores ó prelados regulares, sin necesidad de tomarlo del ordinario eclesiástico, cuando con esta dilacion peligra la fuga del reo, ó se grava al pueblo con su custodia.

95 Manuel del Castillo y Miguel Pariente, refugiados en la iglesia parroquial del lugar de Pozuelo de Aravaca, por haber cazado en lo vedado de la casa de campo de S. M., fueron extraidos por el alcalde de dicho lugar en virtud de órdenes del excelentísimo señor conde de Aranda, presidente del Consejo, habiendo precedido pedir el permiso del cura rector, á quien ofreció la correspondiente caucion, prevenida en las mismas órdenes de S. E.; y en cumplimiento de ellas los remitió á la cárcel de la villa de Madrid á disposicion de su corregidor el señor Don Alonso Perez Delgado.

96 El párroco de la expresada iglesia de Aravaca informó al vicario eclesiástico de lo ocurrido en la referida

extraccion, asegurándole haberse ejecutado sin su permiso; pues sin embargo de que se lo habia pedido el alcalde, como lo prevenia el señor Conde presidente en sus citadas órdenes, no lo habia dado, por considerarse sin facultades, y creer que eran privativas del vicario ordinario eclesiástico, en conformidad á las bulas apostólicas, señaladamente á la enunciada del señor Benedicto XIV.

97 En vista de esta representacion pidió el fiscal eclesiástico se declarasen incursos en las censuras los extractores de dichos reos, y se mandasen restituir á la Iglesia, que se hallaba violentamente despojada de su inmunidad, por haberlos extraido sin la licencia del juez ordinario eclesiástico, á quien estaba encargado el privativo conocimiento por la citada bula del señor Clemente XII.

98 Defirió el vicario á la pretension del fiscal contra los alcaldes y demas personas que los acompañaron á la extraccion; quienes prepararon en el Consejo el correspondiente recurso de fuerza de «conocer y proceder en per»juicio de la jurisdiccion real, y sub»sidiariamente en el modo, como cono»ce y procede el vicario;» y por decreto de 25 de Setiembre de 1767 declaró el Consejo: «Que el Vicario ecle»siástico de esta villa en conocer y »proceder, como conocia y procedia, »hacia fuerza.»

99 Persuadido el fiscal eclesiástico de que esta fuerza se habria motivado por haberse dirigido los anteriores procedimientos del vicario contra los alcaldes de Pozuelo, que no podian ejecutar el reintegro de los reos, por hallarse en la cárcel de la villa á disposicion de su corregidor, repitió contra éste las mismas instancias; y sin embargo de lo que expuso en defensa de la real jurisdiccion el fiscal de obras y bosques, mandó el vicario en 10 de Diciembre del propio año de 1767, se notificase al señor Don Alonso Perez Delgado, corregidor de Madrid, que restituyese los dos reos al sagrado, donde habian sido extraidos, con apercibimiento de excomunion mayor.

100 Este procedimiento dió motivo al fiscal de obras y bosques para formalizar en el Consejo el recurso de fuerza «de conocer y proceder, y sub»sidiariamente en el modo con que co»noce y procede el vicario;» y visto, se declaró á favor de la jurisdiccion real.

101 Antonio Banderas, soldado del regimiento de voluntarios de á caballo de España, dió muerte en riña á Francisco de Bustos en la plaza pública de la villa de Herencia; y refugiado á la iglesia parroquial, le extrajo el cuerpo militar con licencia del prior de la misma iglesia, bajo la caucion de restituirle en el caso que se declarase por juez competente deber gozar de inmunidad; y sustanciada la causa en sumario, la pasó el cuerpo militar al juez eclesiástico ordinario de los prioratos de san Juan, solicitando la entrega y libre consignacion del reo, la cual se suspendió hasta tanto que se le restituyese al sagrado, motivando el despojo que se habia hecho, y el no haberse ejecutado la extraccion con licencia del mismo juez eclesiástico ordinario en conformidad de las citadas bulas apostólicas.

102 El auditor de guerra de la capitanía general de Castilla la Nueva introdujo en el Consejo recurso de fuerza en conocer y proceder en perjuicio de la real jurisdiccion, y por decreto de 18 de Marzo de 1773 declaró el Consejo «haberla hecho el juez »eclesiástico en conocer y proceder, »como conoce y procede.»

103 Estas uniformes determinaciones y otras muchas, que en los mismos términos pudiera referir, califican la invariable inteligencia que ha dado el Consejo á las citadas bulas apostólicas en el punto de la extraccion de los reos con el solo permiso de los rectores ó prelados seculares ó regulares, cuando por la distancia ó por otra justa causa no puede pedirse al ordinario eclesiástico del territorio sin peligro de la fuga del reo, ó de fatigar con su custodia á los pueblos.

104 El segundo conocimiento que corresponde al ordinario eclesiástico, segun el tenor de la citada bula del señor Clemente XII, es el de los indicios

suficientes para la tortura, que resulten de la causa formada por el juez real; en cuya virtud debe declarar, ser el homicidio exceptuado de la inmunidad, y entregar de consiguiente el reo luego al juez real con la caucion jurada de restituirle á la Iglesia ó lugar inmune, si elidiese los referidos indicios.

105 Esta disposicion da motivo á dudar, si se ha de pedir al juez eclesiástico la declaracion del delito exceptuado, y consignacion del reo con testimonio de la causa en sumario, ó despues de concluida en plenario.

106 La razon de la duda antecedente consiste en que los indicios no son, ni pueden estimarse suficientes y con influjo para la tortura, estando la causa en sumario; pues debe ser antes oido el reo en todas sus defensas hasta finalizar el plenario de la causa: Parej. *de Instrum. edition. tit.* 6. *resol.* 8. *per totam, ubi late probat*: Matheu *de Re criminal. controv.* 25. *per totam, præcipue nn.* 2. *et* 3. *cum pluribus relatis.* Y no pudiendo proceder el eclesiástico á declarar por exceptuado el delito, y á entregar el reo, sin conocer primero que los indicios, que contra él resultan del proceso, son suficientes y tienen mérito para la tortura, segun lo dispone en su literal contesto la citada bula, ibi: *Ex acquisitis, seu subministratis indiciis ad torturam tantum sufficientibus, ab extracto homicidium à præfata Benedicti prædecessoris et hac nostra constitutionibus exceptum, patratum fuisse cognoverit, ad declarationem, quod scilicet de casu ita excepto constet, progrediatur, extractumque, si laicus sit, ministris, et officialibus curiæ secularis tradere, et consignare possit ac debeat*; parece necesario esperar al plenario y conclusion de la causa para solicitar con testimonio de ella la consignacion del reo.

107 En satisfaccion al reparo antecedente encarga misteriosamente el sumo pontífice al juez eclesiástico que para declarar el delito por exceptuado de inmunidad, y entregar el reo al juez real, examine, conozca, y estime la calidad y valor de los indicios por el proceso informativo, ibi: *Ubi vero ex processu informativo desuper conficiendo quod inquisitum, nondum condemnatum, dictus judex ecclesiasticus ex acquisitis, seu subministratis indiciis ad torturam tantum sufficientibus, ab extracto homicidium à præfata Benedicti prædecessoris, et hac nostra constitutionibus exceptum, patratum fuisse cognoverit.*

108 El nombre y concepto de proceso informativo corresponde con propiedad al sumario, cuyo único objeto es adquirir por la informacion recibida de oficio especiales noticias del delito y del reo, instruyéndose con ellas el juez para proceder á su prision, y preparar el plenario, en el cual se trata principalmente de castigar el delito, y de dar satisfaccion á la república y á la parte ofendida: Matheu *de Re criminal. cont.* 25. *n.* 5. *Prænoto pariter magnam differentiam reperiri inter cognitionem inquisitionis, ex sola summaria informatione ex mero judicis officio desumpta ad comprobationem criminis, et judicium plenarium criminale subsequens ipsam inquisitionem. Nam cognitio illa summaria ultra vulgares differentias scopum unicum habet, nempe acquisitionem specialis notitiæ de crimine patrato, ut rei capiantur, et curia plene instruatur de patratoribus, præparando necessaria ad judicium plenarium*: Parej. *de Instrum. edit. tit.* 6. *resol.* 8. *n.* 21. *et* 23.: Farinac. *in Parx. tom.* 1. *q.* 39. *à n.* 154.

109 El juez real, al tiempo de recibir el reo, ofrece restituirle á la Iglesia, si elidiese y desvaneciese en sus defensas los indicios: ibi: *Receptisque in actu traditionis, et consignationis hujusmodi à judice quidem seculari juramento, et ab ecclesiastico promissione in verbo veritatis de restituendo extractum ecclesiæ, locove immuni sub pœna excommunicationis latæ sententiæ, Nobis, et eidem Romano Pontifici pro tempore existenti reservatæ, quatenus extractus in suis defensionibus, quæ ad tramites juris, et ordinationum apostolicarum ei competunt, præfata elidat, seu diluat indicia.*

110 Continúa la misma bula, y tomando el extremo opuesto, dice: *Et si illa* (habla de los indicios) *minime eliserit, sive diluerit, et delinquens re-*

*pertus fuerit, judici suo, scilicet ecclesiastico in clericum, seculari in laicum, ut juris esse censuerit, animadvertere liceat.*

111 En ningun tiempo puede el juez formar juicio de las pruebas del delito y de su autor, y proceder á su castigo, como se dispone en la anterior cláusula, sino en el plenario de la causa, despues de haber oido todas las defensas del reo; y este estado, que es posterior á la consignacion autorizada por el eclesiástico, prueba con evidencia haberse ejecutado en el anterior informativo del sumario.

112 Como el juez eclesiástico no mira los indicios por el influjo actual para el tormento, porque no le corresponde su decision, ni puede hacerla el juez seglar en sumario segun la regla general insinuada, remite á este su conocimiento, y solo los considera el eclesiástico con aquella presuncion grave suficiente para la tortura, que conservarán en el plenario, sino los desvanece el reo en sus defensas.

113 ¿En qué estado haria el reo las correspondientes defensas para elidir con ellas los indicios, y dar lugar á su restitucion á la Iglesia, sino le quedase reservado para este fin el plenario, y precediese en el sumario su consignacion y la caucion del juez real? Si los indicios, que fueron suficientes en el ingreso de la causa para proceder á la extraccion y prision del reo, no se adelantasen en el progreso del sumario al valor y mérito que necesitan para justificar el procedimiento de la tortura, se veria el juez real dudoso en el rumbo de los suyos; pues no puede por una parte seguir el que señala la citada bula, de pedir en aquel estado al juez eclesiástico la declaracion del delito exceptuado y consignacion del reo: porque necesitándose para esto que los indicios sean graves y probados en bastante forma con influjo suficiente para la tortura, el defecto de estas circunstancias promete seguramente al juez real que el eclesiástico no condescenderá á su intento; y mas bien deberá esperar que le mande restituir á la Iglesia, cuya inmunidad quedó preservada en la extraccion, pues que no la halla excluida con respecto al refugiado por las pruebas ó indicios graves, que apetece la referida constitucion apostólica.

114 Por otra parte podrá el juez real dudar con justo motivo de su jurisdiccion para continuar la causa en el plenario, por si logra en él fortificar los indicios, ó adelantar las pruebas, considerando necesitar para estos procedimientos de la consignacion del reo.

115 He visto á diferentes señores de la sala de córte tan escrupulosos en este punto, que sin embargo de su conocida doctrina y juicio resistian dar un paso en la causa, ni tomar confesion al reo, despues de concluido el sumario, sino se pedia y lograba la consignacion del eclesiástico, persuadidos de no poder sin ella ejercer su jurisdiccion.

116 Yo entendí siempre, por los principios y orígen de la inmunidad local, que el juez real conserva su nativa jurisdiccion en la causa y en el reo lego, aunque éste se haya refugiado y permanezca en la Iglesia, y que puede en uso de ella sustanciarla así en el sumario como en el plenario, hasta llegar al término de la sentencia, y aun pronunciar esta con pena de muerte ú otra corporal, suspendiendo la ejecucion hasta tanto que se declare no deber gozar el reo de la inmunidad, ó que por otro medio la pierda.

117 Fúndase principalmente este pensamiento en que los obispos por los primeros oficios y ruegos que pasaban á los príncipes, solicitando la indulgencia con los delincuentes, que habian buscado en las iglesias la proteccion y abrigo de sus prelados, no disputaron ni dudaron de la jurisdiccion real para proceder contra ellos, y ejecutar su sentencia en las penas correspondientes á sus delitos, antes bien hacian supuesto de su poder, y solo pedian la suspension del ejercicio en cuanto fuese de grave daño al reo en su vida ó en su persona.

118 Estos fines, que con demostracion de sus principios se han referido, se autorizan con perpetuidad por los príncipes temporales en la indulgencia general, que por su piadosa generosidad concedieron en las leyes á todos los que buscasen el asilo de los tem-

plos; pero no apartaron de sí la jurisdiccion que tenian por razon del delito, y de la persona que lo habia cometido, ni era necesario la eximiesen de su poder, pues satisfacian de lleno todas las intenciones de los prelados eclesiásticos, reservando las personas de los refugiados á la Iglesia de las penas corporales, en que habian incurrido por sus delitos.

119 No está en mano del reo privar al príncipe de la jurisdiccion que tiene en él para conocer de sus causas, ni la Iglesia puede intentar sacarle de ella, especialmente cuando sin este esfuerzo logra se ejerciten en el reo todos los efectos de la piedad.

120 Esta doctrina procede sobre unos principios tan sólidos y seguros, que ellos solos justifican el uso de la jurisdiccion real en los procedimientos de las causas contra los reos refugiados hasta llegar á dar sentencia, aunque se suscite y esté pendiente con el eclesiástico la controversia de su inmunidad; pues que ésta no toca en el punto ó competencia de la jurisdiccion en cuanto á la causa principal del delincuente y del delito, del cual se reconoce por único juez competente el lego.

121 La *ley* 2. *tit.* 11. *Part.* 1. entre las franquezas concedidas á la Iglesia refiere la del asilo ó inmunidad de los que se refugian á ella, por mal que hayan hecho, ó por deudas, y explica ó señala los límites de la enunciada franqueza, fijándolos «en que deve ser y »amparado, é non lo deven ende sacar »por fuerza, nin matarlo, é nin dalle »pena en el cuerpo ninguna.»

122 Continúa la misma ley, y entre las obligaciones y cargos de los clérigos con respecto al refugiado, dice «que de»venlo guardar cuanto pudieren, que »non resciba muerte, nin daño en el »cuerpo; é los que quisieren ende sacar, »por aver derecho del mal que fizo, si die»ren seguranza, é fiadores á los Cléri»gos, que non le fagan mal ninguno en »el cuerpo, ó si non los pudieren dar, »que juren eso mismo, seiendo atales »omes de que sospechasen de que guar»darian su jura: é estonce lo pueden »sacar de la Iglesia para facer del fe»cho enmienda, segund las leyes man»dan; ó si non oviere de que pechar el »mal fecho, que sirva tanto por ella, »quanto tiempo mandare el Judgador, é »toviere por bien, segund fuere la »razon.»

123 Á dos extremos reduce esta disposicion todo su valor: en el uno fija la seguridad de los reos en cuanto á las penas corporales por efecto de la inmunidad de la Iglesia; y en el otro deja en libertad al juzgador para sacar el reo de la iglesia, y condenarle á que haga enmienda del daño que hubiese hecho, aunque sea poniéndole en poder y al servicio del que lo haya padecido.

124 Si se coteja esta disposicion real con la de los antiguos cánones y sagrados concilios, se hallarán del todo uniformes en su espíritu, en sus sentimientos, y aun en sus literales expresiones.

125 El canon 39. del concilio Moguenciano celebrado el año de 813, en tiempo del papa Leon III, por mandado del emperador Carlo Magno, dice: *Reum confugientem ad ecclesiam nemo abstrahere audeat, nec inde damnare ad pœnam, vel mortem, ut honor Dei, et sanctorum ejus conservetur, sed rectores ecclesiarum pacem, et vitam, ac membra ejus obtinere studeant: tamen legitime componat, quod inique fecit*: *Apud* Harduinum, *tom.* 4. *pag.* 1015.: Idem *in can.* 9. *caus.* 17. *quæst.* 4.

126 El concilio Claramontano, celebrado en tiempo del papa Urbano II, año de 1095, dice en el cánon 30.: *Quod si quis pro securitate ecclesiæ, vel prædictæ crucis aliquod crimen peregerit, et ad ecclesiam, vel crucem confugerit, accepta securitate vitæ, et membrorum, reddatur justitiæ.*

127 El sumo pontífice Inocencio III, que no fué poco celoso en mantener y adelantar los derechos y privilegios de la Iglesia, reduce el de los que se refugian á ella á los mismos términos de seguridad en cuanto á las penas corporales, reconociendo con respecto á las que no lo sean la potestad de imponerlas en los jueces reales: *cap.* 6. *ext. de Immunitat. Ecclesiar.* ibi: *Si liber, quantumcumque gravia maleficia perpetraverit, non est violenter ab ecclesia extrahendus, nec inde damnari de-*

*bet ad mortem, vel ad pœnam, sed rectores ecclesiarum sibi obtinere debent membra, et vitam. Super hoc tamen quod inique fecit, est alias legitime puniendus.*

128 Bien notorio es á todos, y se ha manifestado en varias partes de estas *Observaciones*, el diligente cuidado que han empleado los príncipes en mantener su real jurisdiccion y defenderla, como piedra preciosísima de su real corona, de las usurpaciones que por efecto de un celo demasiado han intentado hacer de ella los eclesiásticos; y por todos los medios han deseado ocurrir á estos perjuicios anticipando las repetidas providencias que contienen las leyes reales.

129 En ninguna ley se halla la mas ligera expresion, que pueda persuadir haber relajado los príncipes de su real jurisdiccion á los legos delincuentes que se refugian á la Iglesia; ni en los establecimientos canónicos se ha pensado jamas en privar al príncipe de su jurisdiccion por el refugio del reo á ella: su inmunidad fué en el orígen, y lo ha sido siempre, un privilegio limitado á la seguridad de los reos en las penas corporales que debian sufrir por sus delitos, y ni aun el deseo de los refugiados se extendió á mas de lo referido.

130 El refugio del delincuente á la Iglesia no puede obrar, en cuanto á la jurisdiccion y conocimiento de la causa correspondiente en su orígen al juez seglar, mas de lo que obra la ausencia y fuga á un territorio fuera de los límites del príncipe, perteneciente á otro, aunque sea igualmente seglar. Esto no es mas que apartar de la vista la materia del ejercicio de la jurisdiccion en la ejecucion de las penas, pero no la perjudica en los demas anteriores procedimientos.

131 ¿Quién podrá dudar sobre estos sólidos principios del poder real para conocer de las causas de los delincuentes que se refugian á la Iglesia, ya se mantengan en ella, ó ya se entreguen por mayor seguridad al juez seglar con la caucion y reserva de su inmunidad?

132 En este punto convienen con uniforme sentir todos los que lo han examinado de intento, deteniendo solo el uso de la jurisdiccion real en la ejecucion de la pena corporal, porque destruiria todos los efectos de la inmunidad, si se anticipase á su declaracion: Ramos del Manz. *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 54. *n.* 27. *et* 29.: Larrea *disp.* 29. *n.* 15., ibi: *Jus immunitatis ecclesiasticæ non eximit reum à jurisdictione, ut in ejus visitatione judex procedere non possit, sed solum impedit, ne tunc in ipsum supplicium corporis judex infligat*: Velasco, *tom.* 1. *consult.* 81. *n.* 4. Gonzal. *in cap.* 6. *de Immunit. Ecclesiar. in not. n.* 5.: Cancer. *Variar. resol. tom.* 3. *cap.* 10. *n.* 63.: Gregorio Lopez *in leg.* 2. *tit.* 11. *Part.* 1. *glos. Por haber derecho*: Gambacur. *de Immunit. lib.* 4. *cap.* 29. *n.* 10., *et capit.* 32. 33. *et* 34.: Parnomit. *in cap.* 6. *de Immunit.*

133 Asegurado ya del uso de la jurisdiccion real para proceder en las causas contra los que se refugian á la Iglesia, debe el juez seglar continuarla en el plenario, sin pedir al eclesiástico la consignacion, cuando no halla en el sumario suficientes indicios que le obliguen á ejecutarla; y si intentase impedir los referidos procedimientos en el progreso de la causa, se graduarán los suyos de violentos y turbativos de la jurisdiccion real, y justificarán el recurso de la fuerza en conocer y proceder.

134 Si adelantadas las pruebas en el plenario, las considerase el juez real con mérito á lo menos de indicios graves suficientes para la tortura, podrá entonces pedir al eclesiástico la consignacion del reo, y declaracion de ser el delito exceptuado de la inmunidad, acompañando á este fin testimonio de la causa, segun se hace del proceso informativo, y deberá ejecutarla con igual caucion y seguridad de restituirle á la Iglesia, si elidiese los indicios, ya sea por la cuestion de tormento, ó ya por otro medio de los que estima el derecho.

135 Puesta la causa en estado de conclusion, ya sea precedida la consignacion del reo en sumario, ó ejecutada en plenario, toca al juez real todo el conocimiento y estimacion de las prue-

bas, indicios y presunciones, y de consiguiente la decision conforme al mérito que halle en ellas, como se manifiesta en la citada bula del señor Clemente XII, ibi: *Et si illa* (se refiere á los indicios) *minimè eliserit, sive deleverit, et delinquens repertus fuerit, judici suo, scilicet ecclesiastico in clericum, seculari in laicum, ut juris esse censuerit, animadvertere liceat.*

136 En la consignacion del reo condenado por contumacia, se asegura su restitucion á la iglesia ó lugar inmune con la misma caucion explicada, en el caso de calificar en sus defensas la nulidad ó injusticia de la anterior sentencia, y de elidir los indicios; y si no lo hiciese, queda al arbitrio del juez de la causa proceder á la ejecucion de su sentencia, ó moderarla en la parte que la estimase gravosa, sin que le embarace el uso libre de su poder la declaracion precedente del juez eclesiástico, relativa á la inmunidad y consignacion del reo, por no tener influjo alguno en la causa principal del delito, considerándose para este fin como si no hubiera hecho la declaracion y consignacion referidas. *Ex dict. Bul. Clement. XII,* ibi: *Quod si id præstare nequiverit, et ex eisdem sententia, et actis rite, ac recte gestis reus repertus fuerit, judex ejus competens sententiam exequi, et quando aliquem in pœna irrogata excessum deprehenderit, etiam moderari valeat, ita quod quæcumque declaratio à prædicto judice ecclesiastico facta in judicio ecclesiasticæ immunitatis, super consignatione banniti, et in contumaciam damnati, ejusque denegatione nullatenus deservire, à nemine allegari possit in alio diverso, et separato judicio, in quo scilicet de præfatæ sententiæ contumacialis executione postmodum disputari contingerit, ad quem effectum dicta declaratio judicis ecclesiastici perinde habeatur, ac si non emanasset, nec ullus exinde scrupulus animo judicis competentis in cognoscenda, et definienda validitate, seu nullitate, justitia, seu injustitia ejusdem sententiæ contumacialis ingeratur.*

137 El juez real debe ajustar con escrupulosa medida al mérito de la causa su última determinacion, poniendo el mayor cuidado en no ofender por su injusticia ó exceso la inmunidad que al tiempo de la entrega prometió guardar al refugiado.

138 Para no tocar en este peligro, debe llevar á la vista el estado de la causa en su justificacion, reflexionando si la hay plena y concluyente de ser el refugiado autor del delito exceptuado, ó si no hay alguna que le grave, antes bien resulta calificada su inocencia, ó si la prueba no concluye necesariamente; pero llena el concepto de semiplena, ó forma indicios graves suficientes á lo menos para la tortura.

139 En el primer estado puede y debe el juez real condenar seguramente al reo en la pena ordinaria de su delito, y proceder á su ejecucion: en el segundo debe restituirle á la iglesia ó lugar inmune, segun prometió y juró; y tambien cumple con esta obligacion, absolviéndole libremente en uso de la jurisdiccion que le corresponde, con atencion al delito y al que se dice reo, segun se ha fundado; y aun llena mas las piadosas intenciones de la Iglesia concediendo entera libertad al que estaba detenido en la cárcel por razon del delito.

140 En la consignacion que hace el eclesiástico del refugiado que se presenta como reo, se encarga el conocimiento de la causa principal al juez competente, y es indispensable que la determine segun estime por derecho, condenando ó absolviendo; pues no seria igual la condicion del reo, si estuviera sujeto á ser condenado cuando se prueba su delito, y no pudiera recibir de la misma mano la libertad calificando su inocencia.

141 En el último caso de estar gravemente indiciado de reo el que se refugió á la iglesia, ó con prueba semiplena de haber sido autor del delito, tocan los jueces reales graves dudas en acordar su justa determinacion: las principales y mas poderosas nacen de la confusion que con la variedad de opiniones se han introducido sobre los límites de la inmunidad, y de las pruebas que deben concurrir para que esta se entienda conservada ó perdida.

142 Algunos dicen que para esti-

marla perdida debe preceder plena y concluyente prueba del delito y de su cualidad, y de haber sido su autor el refugiado: Larrea *disp.* 29. *n.* 18. *Plene delictum probandum, ut quis ecclesia privaretur, quis umquam inficiari valebit?* Curia Philipic. *part.* 3. §. 12. *n.* 54., *ibi*: «Para sacar al delincuente »de la Iglesia es necesario, que se prue»be ser del caso porque no se debe go»zar, por la plena probanza que se re»quiere para condenar: porque no solo »se trata de prision en que basta sea »semiplena, sino tambien del despojo de »la inmunidad de la Iglesia, y su pose»sion, en que es necesario haberla ple»na para vencerla:» Gregorio Lop. *in leg.* 4. *tit.* 11. *Part.* 1. *glos.* 3.: Delben. *de Immunit. tom.* 2. *cap.* 16. *dub.* 42. *cum aliis ibi relatis.*

143 Otros autores consideran por prueba bastante, para que se declare perdida la inmunidad, la semiplena ó de indicios graves, que induzcan suficiente mérito para la tortura, autorizando su opinion con resoluciones de los sumos pontífices, señaladamente con la del señor Clemente VIII de 6 de Febrero de 1597, consultado por el arzobispo Panormitano D. Diego de Aedo, y la fundan igualmente en repetidas decisiones de los tribunales regios: Gamm. *decis.* 179. *n.* 2. *et decis.* 281. *per tot.*: Gambacur. *de Immunit. lib.* 6. *cap.* 15.: Guacin. *Defens. reor. tom.* 1. *cap.* 31. *n.* 9.: Giurb. *consil.* 50. *et consil.* 100. *num.* 28.

144 El señor Ramos, resumiendo las dos enunciadas opiniones, las considera tan igualmente poderosas en sus fundamentos, que sin embargo de la profunda penetracion de su juicio dejó indecisa su resolucion: *Ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 54. *n.* 32. *in fin. At nobis properantibus abire liceat, relicto aculeo, quem alii eximant.*

145 Los partidarios de la primera opinion establecian principalmente su dictámen sobre las siguientes palabras de la enunciada bula del señor Gregorio XIV. *An ipse vere crimina superius expressa commiserint*; por las cuales entendian haberse cometido á los obispos el preciso exámen y conocimiento prévio de ser verdaderamente autores del delito los refugiados, y esto no podia asegurarse con la verdad que indican las palabras referidas, á no ser sobre una prueba plena y concluyente.

146 Yo prescindo de la satisfaccion con que explican las enunciadas expresiones los que siguen la opinion contraria, pues considero ocioso recurrir á interpretar, entender, ó declarar una bula no recibida ni usada en nuestros reinos: Ram. *ad LL. Jul. et Pap. lib.* 3. *cap.* 44. *cum pluribus ibi relatis, et in cap.* 54. *n.* 18. *vers. Porro*: Salgado *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 2. *sec.* 3. *n.* 141.: Van-Spen *tom.* 6. *tract. de Asilo templor. cap.* 9. *n.* 11. *vers. Non mirum.*

147 La bula que está admitida, y que por tanto debe regir en punto de inmunidad local, y en cuanto á su respectiva declaracion, es la enunciada del señor Clemente XII: *In supremo justitiæ solio.* Su literal contesto manifiesta la uniformidad de su decision con la referida del señor Clemente VIII de 6 de Febrero de 1597, pues dice que si el juez eclesiástico conociese por los indicios del proceso informativo del juez real, suficientes para la tortura, que el inquirido y extraido de la iglesia ha cometido el homicidio exceptuado en la citada constitucion apostólica, debe proceder á la declaracion de estar en el caso exceptuado, y entregar el reo lego al juez seglar, para que proceda contra él en la causa, como hallare por derecho, con la sola reserva ó promesa de haberle de restituir al lugar inmune, si elidiese los enunciados indicios: *Ubi vero ex processu informativo desuper conficiendo quoad inquisitum nondum condemnatum, dictus judex ecclesiasticus ex acquisitis, seu subministratis indiciis ad torturam tantum sufficientibus, ab extracto homicidium, à præfata Benedicti prædecessoris et hac nostra constitutionibus exceptum, patratum fuisse cognoverit, ad declarationem, quod scilicet de casu ita excepto constet, progrediatur, extractumque, si laicus sit ministris et officialibus curiæ secularis, si autem clericus, ejus competenti judici ecclesiastico tradere, et consignare possit, ac debeat; exactis tamen receptisque in actu tra-*

*ditionis, et consignationis hujusmodi, à judice quidem seculari juramento, et ab ecclesiastico promissione in verbo veritatis, de restituendo extractum ecclesiæ, locove immuni sub pœna excommunicationis latæ sententiæ; Nobis, et eidem Romano Pontifici pro tempore existenti reservatæ, quatenus extractus in suis defensionibus, quæ ad tramites juris, et ordinationum apostolicarum ei competunt, præfata elidat, seu diluat indicia; et si illa minime eliserit, sive diluerit, et delinquens repertus fuerit, judici suo, scilicet ecclesiastico in clericum, seculari in laicum, ut juris esse censuerit, animadvertere liceat.*

148 En cuanto á la excepcion del delito de la inmunidad es notoria y literal la declaracion, que debe hacer el juez eclesiástico en vista de las pruebas del proceso informativo del juez real; y no pudiendo considerarse en aquel estado con mérito de plenas y concluyentes, se evidencia no ser necesarias para este fin.

149 La consignacion y entrega del reo contiene una formal declaracion de no gozar de la inmunidad, y le pone en la mano del juez real para que ejercite sus procedimientos, imponiéndole la pena de muerte ú otra corporal, que estimase corresponder á la gravedad del delito y al mérito de su justificacion.

150 La reserva ó promesa con que se hace la enunciada consignacion, de que restituirá el juez real el reo á la Iglesia, si elidiese en sus defensas los indicios que motivaron su separacion y entrega, hace otra demostracion uniforme á la dispositiva, que incluye la citada bula, de no gozar de inmunidad, subsistiendo dichos indicios, á que es consiguiente su declaracion.

151 Esta segun el estado de las enunciadas bulas apostólicas, y con respecto á la costumbre observada en estos reinos, que consideran algunos conforme á la disposicion comun de derecho, toca al eclesiástico; y no mezclándose mas en la causa desde que manda hacer la referida consignacion, la confirma con mérito y efectos de formal declaracion de no gozar el reo de inmunidad.

152 Desde este punto entra el juez real ejercitando libremente su jurisdiccion en la causa principal del delito que, como se ha dicho, es diversa del incidente prévio de inmunidad, y procede á la imposicion de la pena que estime corresponder á la gravedad del delito y al mérito de su justificacion.

153 Si errase el juez las medidas, así en la pena como en el valor de la prueba, será un exceso que tocará en injusticia, cuya enmienda corresponde al mismo superior del juez real, pero no ofende este agravio la inmunidad de la iglesia anteriormente excluida por su juez competente, ni debe recelar escrupulosamente la excomunion con que apercibe la Iglesia á los que impiden ó desprecian sus franquezas.

154 La declaracion que hace el eclesiástico de no gozar de inmunidad el reo que consigna al juez real, le pone en el camino de padecer pena corporal ú otra grave en su cuerpo, si se ratificasen los indicios y pruebas del sumario, adelantándolas en el progreso de la causa al punto de concluyentes y plenarias; y el juez real trata en su sentencia de la actual ejecucion de las penas, sin quedarle arbitrio ni reserva para enmendar el daño que causa.

155 Esta notable diferencia influye la correspondiente entre la sentencia del eclesiástico y la del juez real, justificándose la de aquel con prueba semiplena ó indicios graves suficientes para la tortura, y la de este con las que sean concluyentes y necesarias, que deben ser mas claras que la luz del medio dia: *leg. ultim. Cod. de Probat.*: *leg.* 16. *Cod. de Pœnis*: *leg.* 5. *ff. eodem*: *ley* 26. *tit.* 1. *Part.* 7.

156 Todos convienen en esta última regla, pero no se hallan acordes en cuanto á si la absolucion del reo gravemente indiciado, ó con prueba no concluyente, ha de ser relativa á la pena corporal solamente, ó absoluta y extensiva á cualquiera otra; pero en donde mas se estrecha esta duda es en los reos que, puestos con suficientes indicios á cuestion de tormento, niegan su delito, ó si lo confiesan, no se ratifican cuando estan en libertad.

157 En estas circunstancias opinan

algunos por la libertad absoluta del reo, pues ademas de no estar convencido por las pruebas antecedentes al tormento, como se supone, para que pueda tener lugar y entrar de lleno la regla insinuada, de que en la duda debe ser absuelto; consideran la tolerancia y sufrimiento de la tortura por una prueba que purga y deshace los precedentes indicios, ó debilita á lo menos el valor que antes tenia: Acevedo *in tract. de Reor. absolut. objecta crimina negantium apud equuleum*, *edito Matriti anno* 1770. *part.* 1. §. 1. *cum sequentibus*: *Plures relati à Math. de Re crim. controv.* 26. *n.* 2.

158 Otros conciben méritos suficientes en los indicios ó prueba semiplena para condenar al reo en la pena, que no llegue á la capital ni á otra corporal grave, ó le absuelven solamente de la sentencia, atendiendo al mérito de los indicios, gravedad del delito y calidad del reo: Math. *dicta controv.* 26. *à n.* 4. *signanter n.* 36. *et* 37. *cum pluribus ibi relatis.*

159 Los autores de esta sentencia consideran firme despues de la tortura todo el mérito de los anteriores indicios, y al sufrimiento del reo en la cuestion no dan mas efecto que el negativo de no aumentar la prueba antecedente.

160 Como no es necesario para el fin, á que se dirigen estas observaciones prácticas, examinar de intento la mayor solidez de las dos enunciadas opiniones, remito su juicio á los que se han citado por una y otra parte; pues satisface esta instrucion al fin de conocer que á cualquiera parte que se incline el juez real, no pisa los límites de la inmunidad de la Iglesia, ni da motivo al eclesiástico para inquirir ó turbar sus procedimientos.

## CAPÍTULO IV.

### *De la fuerza de conocer y proceder que hacen los jueces eclesiásticos, mezclándose en la imposicion y cobranza de los tributos reales, con que deban contribuir los clérigos en los casos que lo permita el derecho.*

1 En tres especies se dividen los tributos que se pagan á S. M., es á saber, en personales, mistos y reales, y conociendo el orígen de su establecimiento y los fines que lo motivan, se facilitará el correspondiente á los casos, tiempos y circunstancias de la fuerza que se propone [17].

2 El tributo personal recibe este nombre por estar impuesto á las personas sin trascendencia ni consideracion á sus patrimonios: por consecuencia es de igual cantidad en todos, y se mira en su fin principal como una señal de reconocimiento, obediencia y sujecion á la suprema potestad temporal; y como la obligacion de obediencia es nativa y comun á todos los ciudadanos, corresponde que á proporcion de esta causa sea igual la paga del tributo personal.

3 Este es el tributo ó censo mas antiguo, y de él hacen memoria los historiadores sagrados. San Lucas en el *cap.* 2. *vers.* 1. 2. *y* 3. refiere el edicto que mandó publicar Augusto César, para que todo el mundo compareciese á encabezarse en sus nativos lugares, en cuya descripcion se impuso y señaló un tributo igual á cada uno por su persona, no conocido hasta entonces: *Glos. in dict. cap* 2. *Tuncque tributum in capita fuisse indictum, quod antea in Judæa non solvebatur*: Josephus *Antiq. lib.* 18.: Euseb. *Histor. Eccles. lib.* 1. *cap.* 5.: D. Hieron. *in Mathæum cap.* 22. *vers.* 15.

4 Que este tributo sea fija y segura señal de la sujecion debida por derecho natural y divino á los reyes, lo declara abiertamente san Pablo en el *cap.* 13. *de su carta á los romanos*; pues habiendo sido su primer objeto instruirlos de la obediencia, que por divino precepto debian á los príncipes seculares, continúa el santo Apóstol diciéndoles: *Ideo enim et tributa præstatis, Ministri enim Dei sunt, in hoc ipsum servientes. Reddite ergo omnibus debita, cui tributum tributum: cui vectigal vectigal.*

5 Aquí explica el Santo la causa de pagar este tributo, y es la sujecion debida á las potestades supremas: D. Thom. *lec.* 1. exponiendo los dos versículos 6. y 7. del citado *cap.* 13. ibi: *Ideo enim (scilicet quia debetis esse subjecti) et tributa præstatis, id est præstare debetis, in*

*signum scilicet subjectionis*: Natal Alex. en el sentido literal al *vers*. 6. del mismo *cap*. 13. *Pensio tributorum, quæ Christus solvenda esse docuit à subditis, professio est, tum potestatis illorum, tum vestræ subjectionis*. S. Ireneo, obispo de Leon *lib*. 5. *cap*. 24., exponiendo el orígen de la potestad de los reyes, y los fines para que fueron dados por Dios, continúa: *Et secundum hoc Dei sunt ministri, qui tributa exigunt à nobis, in hoc ipsum servientes*. Orig. presbítero Alex. sobre la enunciada *carta á los romanos*, *lib*. 9. *cap*. 13. une la sujecion á los príncipes con la paga de tributos, ibi: *Si enim ponamus, verbi gratia, credentes Christo potestatibus sæculi non esse subjectos, tributa non reddere, nec vectigalia pensitare, nulli timorem, nulli honorem deferre*:::: Lo mismo asegura san Agustin sobre la enunciada carta, de cuya sentencia se formó el *cap*. 2. *ext. de Censib*. De esta especie de tributo personal fué el que mandó Jesucristo á san Pedro que pagase á los publicanos por los dos: *Da eis pro me, et te*, y así fué igual: *Math. cap*. 17. *vers*. 23.

6 Los romanos hacen tambien memoria en sus leyes del censo ó tributo personal: *leg*. 3. *ff. de Censib. Ætatem in censendo significare necesse est, quia quibusdam ætas tribuit ne tributo onerentur, veluti in Syriis à quatuordecim annis masculi, à duodecim feminæ, usque ad sexagesimum quintum annum, tributo capitis obligantur: ætas autem spectatur censendi tempore*: *leg*. 6. §. 7. *eodem tit*.: *Div. Vespasianus Cæsarienses colonos fecit, non adjecto ut et juris Italici essent, sed tributum his remisit capitis, sed Div. Titus etiam solum immune factum interpretatus est*: *leg*. 18. §. 29. *ff. de Munerib. et honorib*.: *leg. unica Cod. de Annonis, et capitation. administ*.: *leg*. 10. *Cod. de Agricolis, et censitis*, ibi: *Cum antea per singulos viros, per binas vero mulieres capitis norma sit censa, nunc binis ac ternis viris, mulieribus autem quaternis, unius pendendi capitis atributum est*.

7 El señor Don Juan de Solorzano *de Jur. Indiar. lib*. 1. *cap*. 18. *n*. 78., tratando del tributo que pagan los indios, dice que es personal, y muy semejante al que llamaban los romanos capitacion, y al *n*. 79. asegura ser de la misma especie el tributo de la moneda forera y el de la martiniega, que se pagan en España. En esto conviene tambien Otalora *part*. 1. *cap*. 2. *n*. 8., Otero *de Officialib. part*. 2. *cap*. 20. *n*. 26. *y* 27., y está bien expreso en la *ley* 10. *tit*. 18. *Part*. 3. *ibi*: «Ca moneda es pecho, que toma el rey en su »tierra apartadamente, en señal de se»ñorío conocido:» *ley* 1. *tit*. 33. *lib*. 9. *de la Recop. ibi*: «Porque la moneda »forera se acostumbra pagar á Nos en »nuestros reinos de siete en siete años »en reconoscimiento del señorío real, »segun que la siempre dieron, y paga»ron.» Juan Gutierrez *lib*. 6. *q*. 1. *n*. 2. *et* 3., Soto *de Justit. lib*. 3. *q*. 6. *art*. 7., y Molin. *de Just. et jur. tom*. 3. *tract*. 2. *disp*. 661. *n*. 2. tratan con mayor extension de este tributo personal.

8 El tributo misto se impone y radica intrinsecamente en la persona con respecto al patrimonio, el cual sirve de justificar la contribucion, guardando toda igualdad entre los ciudadanos á proporcion de los bienes que posean: Bartul. *in leg*. 5. *Cod. de Sacros. Eccles*. ibi: *Mixtum onus est quod imponitur personæ principaliter, rei secundario, vel verius quod imponitur personæ principaliter propter rem, ideo per mixtam rationem rei et personæ, et sic neque persona tantum est immediata causa impositionis, sed utrumque simul*: Molin. *de Just. et jur. tom*. 3. *tract*. 2. *disput*. 661. *n*. 2. *vers*. *Hinc intelliges*: Gutier. *de Gavel. lib*. 6. *q*. 1. *n*. 29.: Solorz. *de Jur. Indiar. lib*. 1. *cap*. 18. *n*. 84.

9 De esta especie de tributo misto usaron tambien los romanos en la segunda descripcion de bienes que mandó hacer Augusto César, y encargó al presidente Sirenio ó Quirino que numerase y censuase los bienes y facultades de los moradores de Syria y Judea, para arreglar la imposicion del nuevo censo al valor y producto de los mismos bienes: Josephus *Antiq. lib*. 18. *cap*. 1. ibi: *Interea Quirinus, unus ex Senatoribus Romanis*:::: *cum paucis militibus in Syriam pervenit*,

*missus à Cæsare, tunc ut census facultatem ageret:::: Quin et in Judæam Syriæ addictam venit Quirinus, ut eorum bona censeret, et Archelai pecuniam addiceret:::: Atque illi quidem, Johazari rationibus assentientes, sine controversia bonorum censum agi permiserunt*: *Glos. in cap.* 2. *Luc.* ibi: *In priori censu personæ tantum, in hoc posteriori facultates etiam sunt relatæ*: Euseb. *Hist. eccles. lib.* 1. *cap.* 5.

10 Los pueblos griegos y latinos usaron antiguamente de esta loable institucion, haciendo tasar los bienes de sus moradores para el mismo fin explicado: Aristótel. *lib.* 5. *Politicor. cap.* 8. *n.* 40. *Version.* de Aver. edic. de Ven. *Ad mutationes vero, quæ propter censum fiunt, ex paucorum potentia, atque ex republica quando contingit hoc, manentibus eisdem censibus, aut pecuniarum copia facta, utile est considerare universum totius civitatis censum, ac præsens tempus ad præteritum conferre. Nam in quibusdam civitatibus census agitur annuatim, in majoribus vero per triennium, aut quinquennium, et si multiplicatus sit, ac multo major factus, quam prius erat ille, secundum quem statuta fuerat reipublicæ gubernandæ habilitas, lege providere, ut census vel augeatur, vel relaxetur. Si quidem excedat, augeatur secundum multiplicationem, si vero deficiat, relaxetur, ac minor fiat census taxatio.*

11 Los mas de los autores publicistas consideran justo y utilísimo al buen gobierno de las repúblicas repetir los empadronamientos ó tasacion de los bienes, tratos y grangerías que tengan sus moradores, para proporcionar con respecto á ellos el tributo, y esta misma práctica se ha observado igualmente en España: *leyes* 2. 4. *y* 5. *ff. de Censib.*: las 1. *y siguientes Cod. eod.*: Cassiodor. *Epistol.* 52. *lib.* 3. ibi: *Orbis Romanus agris divisis, censuque descriptus est, ut possessio sua nulli haberetur incerta, quam pro tributorum susceperat quantitate solvenda*: Bodin. *de Rep. lib.* 6. *cap.* 1.: Covarrub. *lib.* 3. *Variar. cap.* 7. *n.* 1.: *ley* 23. *tit.* 18. *Part.* 3.: *leyes* 4. *y* 21. *tit.* 14. *lib.* 6.: *ley* 5. *tit.* 9. *lib.* 7.: *leyes* 8. 9. 10. *y* 11. *tit.* 33. *lib.* 9. *Recop.* (No estan en la Novísima); y los capítulos 2. y 3. de la real instruccion de 13 de Marzo de 1725.

12 Los censos ó tributos reales reciben este nombre, por estar principalmente impuestos sobre los bienes con afeccion de ellos en cualquiera poseedor á quien pasen, no solo de los que adeudasen, sino tambien de los que estuviesen devengados por el tiempo anterior á su posesion.

13 El grande Constantino informado del atraso de sus rentas, cuando se imponian y exigian de las personas, y no trascendian á los bienes, deseó asegurarse de la causa de tal decadencia, y halló que consistia en los fraudes con que se procedia en la venta y enagenacion de las posesiones, pactando al tiempo del contrato los compradores, que habian de pasar á ellos los bienes, que compraban libres del censo ó tributo, que hasta entonces se habia repartido al vendedor con proporcion y respecto al valor de ellos; y como estos continuaban en los libros del catastro ó empadronamiento en cabeza de sus antiguos poseedores, de los cuales se intentaba exigir el tributo, y se hallaban las mas veces en suma pobreza, no se cobraba, ni podia repetirse del comprador, porque intentaba eludir la accion del fisco con el enunciado pacto de libertad.

14 Estos fraudes y abusos llegaron á ser tantos, que excitaron los mas vivos sentimientos en Salviano para que declamase contra ellos en los términos siguientes: *Nam illud quale? quam non ferendum, atque monstri reum? et quod non dicam pati humanæ mentes, sed quod audire vix possunt, quod plerique pauperculorum, atque miserorum spoliati resculis suis, et exterminati agellis suis, cum rem amisserint, amissarum tamen rerum tributa patiuntur, cum possessio ab iis recesserit, capitatio non recedit. Quis æstimare hoc malum possit? Rebus eorum incubant pervasores, et tributa miseri pro pervasoribus solvunt. Post mortem patris, nati obsequiis juris sui agellos non habent, et agrorum munere enecantur*: Salvian. *lib.* 5. *Gubern. Dei.*

15 Para reparar tales abusos, declaró el emperador Constantino por nulas y de ningun efecto las convenciones y pactos referidos, y mandó que sin embargo de ellos los poseedores de dichos bienes fuesen responsables á los tributos vencidos, y á los que adeudasen por razon de sus posesiones: *leg.* 1. *Cod. Theod. Sine cens. vel reliq. fundum comparar. non posse.* ibi: *Ideoque placuit, ut si quem constiterit hujusmodi habuisse contractum, atque hoc genere possessionem esse mercatum, tam pro sulidis censibus fundi comparati, quam pro reliquis universis ejusdem possessionis obnoxius teneatur.*

16 Aun no cesaron con la disposicion antecedente los fraudes que se hacian con perjuicio del real erario en la venta y enagenacion de los bienes, antes bien parece que el vendedor y el comprador se habian coligado en los medios dolosos de encubrir el engaño; y fué necesario para contenerlos imponerles la pena de que perdiese el vendedor su posesion y el comprador el precio: *leg.* 2. *Cod. Theod. de Contrah. emption.* ibi: *Qui comparat, censum rei comparatæ cognoscat, neque liceat alicui rem sine censu vel comparare, vel vendere:::: Venditor quidem possessionem, comparator vero id quod dedit prætium, fisco vindicante, perdat.*

17 El emperador Juliano estrechó mas la disposicion de las leyes anteriores, ordenando que aunque no se hallasen los bienes raices entablados en el libro del catastro á nombre de su actual poseedor, respondiese éste de todos los tributos vencidos, y que en adelante se venciesen: *leg.* 3. *Cod. Theod. sine cens. vel reliquis.* Los mismos establecimientos siguió el emperador Teodosio en la *ley* 5. del propio título, con el objeto de que los bienes quedasen afectos al tributo, y se exigiese de cualquiera poseedor en quien se hallasen: *leg.* 7. *ff. de Publicanis, et vectigalib.* ibi: *In vectigalibus ipsa prædia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal solvere debere*: *leg.* 2. *et* 3. *Cod. de Annonis et tributis*: Amaya *in dict. leg.* 2. *lib.* 10. *tit.* 16. *n.* 3.

18 De esta última especie de tributo real apropiado á la heredad, y de sus efectos disponen lo conveniente nuestras leyes: la 1. *tit.* 3. *lib.* 1. *del Ordenam. Real. ibi*: «E otrosí que la »heredad, que fuere tributaria, en que »sea el tributo apropiado á la heredad, »qualquier Clérigo que la tal heredad »comprare tributaria, que peche aquel »tributo, que es apropiado, y anexo á »la tal heredad:» *ley* 7. *tit.* 9. *lib.* 5. *del prop. Ordenam. ibi*: «Y desde agora establecemos que ayan seido, y sean »obligados los tales heredamientos, y »bienes á la dicha quinta parte, ayan »pasado, y pasen con esta misma carga, »y sean avidos por tributarios, y por »tales los facemos, y constituimos, en »cuanto atañe á la dicha quinta parte: »y desde agora apropiamos, annexamos, é imponemos el dicho tributo á »los tales heredamientos, y bienes, y »en ellos, y sobre ellos, en tal manera »que no puedan pasar, ni pasen sin la »dicha carga y tributo:» *ley* 52. 53. *y* 55. *tit.* 6. *Part.* 1.

19 La alcabala que es debida en estos reinos de lo que se vende ó trueca, segun las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 17. *lib.* 9. *de la Recop.* (Ley 11. tit. 12. lib. 20. de la Nov. Recop.), en cuya virtud estaba limitada la accion á los vendedores, y á los que permutaban sus bienes con proporcion al precio de cada uno, se constituyó en calidad de tributo real apropiado á los mismos bienes, y puede cobrarla el rey no solo del vendedor sino tambien del comprador y poseedor, cuando aquel esté ausente, ó no pueda pagar su importe: *ley* 8. *titulo* 18. *lib.* 9. (Ley 9. tit. 9. lib. 1. de la Nov. Recop.) *ibi*: «Mandamos que si »los dichos Clérigos, Iglesias, y Monesterios, y otras personas esentas compraren bienes algunos de legos, que »los vendedores ayan de pagar la alcavala, como si los vendiesen á personas legas; y que esto aya lugar, y se »guarde, no embargante que los compradores esentos compren los bienes »horros de alcavala; y si los vendedores no pudiesen ser avidos, que de »los heredamientos, y otras cosas, que »se vendieren á los dichos Clérigos y »personas esentas, se pueda cobrar el

»alcavala: por lo qual queremos, y »mandamos que siempre, y en todo ca»so, y en todo tiempo, sean obligados »los dichos heredamientos, y cosas que »fueren vendidas.»

20 Ya sean mistos ó afectos á los bienes los tributos que se impongan, su fin será siempre el bien público del estado, dirigido á su conservacion y á la defensa del mal que le harian los extraños, y del interior que padeceria, si el cuidado del rey no los preservase, y los mantuviese en paz y en justicia con leyes sabias y oportunas; y como el interes, que reciben los ciudadanos, es inmediatamente comun á todos, corresponde que los gastos y su contribucion sea tambien general sin excepcion de personas, como sucede en los puentes, calzadas y otras cosas semejantes, de que habla la *ley* 20. *tit.* 32. *Part.* 3., y la 54. *tit.* 6. *Part.* 1.

21 Los clérigos contribuian fielmente con los legos en los tributos, que imponian los reyes con el importante fin indicado. Esta verdad es bien notoria en todas las leyes, y se califica mas con la exencion y libertad de las cargas personales y reales, que les fueron concediendo los emperadores y reyes en remuneracion de los grandes servicios que han hecho siempre al estado, manteniendo con pureza la religion, que es el mas sólido y seguro fundamento de la felicidad temporal: *leyes* 1. 3. 6. 7. *y* 8. *del Cod. Teod. de Episcop. Eccles. et Cleric.*: *ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 1. *del Ordenam. Real*: *ley* 11. *tit.* 3. *lib.* 1.: *ley* 6. *tit.* 18. *lib.* 9. *de la Recop.*; y la *ley* 50. *tit.* 6. *Part.* 1.

22 Estas mercedes y gracias salen de la mano real sin el susto de que puedan faltar, así por el decoro y dignidad de quien las hace, como por el mérito y justicia que reciben, siendo remuneratorias de grandes servicios; interviniendo en esto una especie de contrato, que con propiedad podia llamarse cambio: *ley* 6. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* (Ley 1. tit. 5. lib. 3. de la Nov. Recop.) *ibi*: «Las cosas, que el Rey »diere á alguno, que no gelas pueda »quitar él, ni otro alguno sin culpa; y »aquel á quien las diere, haga dellas lo »que quisiere, así como de las otras »cosas suyas:» *cap.* 16. *de Reg. Jur. in Sext. Decet concessum à Principe beneficium esse manserum*: Castill. *lib.* 5. *cap.* 89. *n.* 85. con otros muchos.

23 Desgraciada seria la república, si el mérito no se premiase, ó se recibiese el beneficio con el susto de que pudiera faltar; pues si las gracias y exenciones, que recibió la Iglesia de la generosa liberalidad de los reyes, deben mantener su perpetua duracion, no es de esperar que los magistrados reales tengan que hacer con los clérigos en la exaccion y cobranza de los tributos, ni podrá llegar el caso en que por mezclarse los jueces eclesiásticos en la imposicion y exaccion de ellos, hagan fuerza, porque siempre obrarán en defensa de la inmunidad concedida á la Iglesia.

24 Sin embargo de que las doctrinas insinuadas proceden por regla segura en todas las mercedes reales, y mucho mas en las que se hacen á la Iglesia, salen sujetas á la condicion de mortales en el punto que llegan á ofender gravemente la salud de la república, que es la ley suprema á que ceden todas las demas.

25 No hay accion que se justifique por otra regla que por la del interes público. Este es el término á que puede llegar el alto poder de los reyes, pues no pierde lo supremo, porque lo modere la razon y la justicia; y ninguna hay mas exacta que la que enseña á enmendar el daño público, aunque sea á costa del particular.

26 Este es un principio en que todos concuerdan, y de donde se deducen dos consecuencias necesarias: una que los privilegios, contratos, y aun las leyes generales, no tienen valor, si cuando nacen son gravemente ofensivas al estado público: otra que pierden toda su fuerza en el punto que lleguen á serlo: *ley* 43. *tit.* 18. *Part.* 3. *ibi*: «Otrosi decimos, que si el rey da »previllejo de donacion á alguno, é en »aquella sazon en que fué dado, non se »tornaba en gran daño; é despues aque»llos á quien lo el Rey dió, usaren »del en tal manera, que se torne en »daño de muchos comunalmente, tal »previllejo como este, decimos, que de

»la hora que comenzó á tornarse en »daño de muchos, como diximos, que »se pierde, é non deve valer:» Grot. *de Jur. bell. et pac. cap.* 14. §. 12. *n.* 4.: *cap.* 9. *ext. de Decim.*: Gonzal. *en sus Comentar.*: Larr. *alleg.* 3. *n.* 22. con otros muchos que refieren.

27 Al rey toca el privativo conocimiento del estado público de su reino; y si la necesidad es tan urgente que obligue á valerse de otros auxilios, porque no alcancen los ordinarios para mantener en él la paz y la justicia; y si el rey, precedido el maduro exámen y consejo de sus sabios ministros, decide por la urgente necesidad pública, y por los medios mas suaves de repararla, no hay otro poder en la tierra á que se pueda apelar ni recurrir; y si eligió como medio mas oportuno al fin explicado el de suprimir ó suspender las pensiones y gracias, que hubiese hecho á legos ó clérigos en todo ó en parte, cesarán desde aquel punto, y quedarán estos reducidos á contribuir con los legos á las necesidades públicas, ya sea por los tributos ordinarios impuestos, ó ya por los que se impusieren de nuevo.

28 Este es el curso que se ha observado en todos tiempos para atraer á los eclesiásticos á la necesidad y obligacion de ayudar con sus auxilios y contribuciones á mantener y llevar las cargas del estado, que no podian sostener por sí solos los legos. El conocimiento de estas necesidades públicas ha correspondido siempre al rey, y ha sido el fundamento con que ha justificado la contribucion de los eclesiásticos, llamada subsidio, excusado, y la que hacen en los diez y nueve millones y medio, de los veinte y cuatro que paga el reino distribuidos en seis años; y por la misma causa contribuyen las manos muertas con los impuestos y tributos regios, que los legos pagaban por los bienes adquiridos despues del año de 1737.

29 Las enunciadas contribuciones del estado eclesiástico no son otra cosa que una limitacion de la gracia y exencion general de tributos que les concedieron los reyes, ó mas propiamente se debe llamar declaracion de que los ha mantenido y conserva actualmente en el fondo primitivo de exencion y libertad, en cuanto no ofenden la causa pública; y que en este término empieza, ó por mejor decir continúa aquella nativa obligacion, que siempre se conservó para el caso explicado en la misma inmunidad real, conforme á la intencion de los reyes y á los justos límites de su alto poder.

30 Aunque esta verdad está bien demostrada por los principios indicados, sufre algunas contradicciones de algunos autores, que atribuyen á la autoridad del sumo pontífice la obligacion y sujecion de los clérigos á concurrir con sus auxilios en las necesidades públicas del estado, tomando conocimiento de ellas: Gonz. *en su coment. al cap.* 4. *ext. de Immunit. Ecclesiar.*: Fagnano *en la exposicion al mismo cap.*: Gutierr. *Practicar. quæst. lib.* 1. *q.* 3. *n.* 6.: Acev. sobre la *ley* 11. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.*, con otros muchos autores que refieren.

31 Fúndanse principalmente estos autores en el cánon 19. del concilio general Lateranense III celebrado el año 1179, por el cual se reserva el conocimiento de la necesidad y utilidad pública al obispo y clero, antes de imponer y exigir de los clérigos auxilio ni carga alguna para sostenerla, ibi: *Severius prohibemus ne de cætero talia præsumant attentare, nisi episcopus et clerus tantam necessitatem et utilitatem aspexerint, ut absque ulla coactione ad relevandas communes necessitates, ubi laicorum non suppetunt facultates, subsidia per ecclesias existiment conferenda.* Lo mismo se dispone en el cánon 46. del concilio Lateranense IV, ibi: *Verum si quando forsan episcopus simul cum clericis tantam necessitatem vel utilitatem prospexerint, ut absque ulla coactione ad relevandas utilitates vel necessitates communes, ubi laicorum non suppetunt facultates, subsidia per ecclesias duxerint conferenda, prædicti laici humiliter et devote recipiant cum actionibus gratiarum. Propter imprudentiam tamen quorumdam, romanum prius consulant pontificem, cujus interest communibus utilitatibus providere.*

32 Las bulas pontificias que se han expedido á súplica de los señores reyes de España para imponer y percibir la contribucion que se llama subsidio, la del excusado, la de millones, y la correspondiente á los bienes adquiridos por las manos muertas despues del año de 1737, confirman por todo su contesto ser necesario el consentimiento y la deliberacion de su santidad sobre el conocimiento que debia tomar de la necesidad pública, y de no alcanzar los bienes de los legos á sostenerla.

33 En el artículo octavo del concordato ajustado entre esta córte y la santa sede el citado año de 1737 se presenta la mas insuperable demostracion de las dos partes en que se funda la opinion referida. En la primera expuso el señor Don Felipe V los gravísimos impuestos que tenian sobre sí los bienes de los legos, y la incapacidad de sobrellevarlos á que se reducirian con el discurso del tiempo, si aumentándose los bienes que adquiriesen los eclesiásticos por herencias, donaciones, compras ú otros títulos, se disminuyese la cantidad de aquellos en que hoy tienen los seglares el dominio, y estan con el gravámen de los tributos regios.

34 Por consecuencia de este supuesto, pidió en la segunda parte S. M. que su santidad se sirviera ordenar que todos los bienes que los eclesiásticos habian adquirido desde el principio de su reinado, ó que en adelante adquiriesen con cualquiera título, estuviesen sujetos á aquellas mismas cargas, á que lo estan los bienes de los legos.

35 Su santidad dice que consideró la cuantidad y calidad de dichas cargas, y la imposibilidad de soportarlas á que los legos se reducirian, si en órden á los bienes futuros no se tomase alguna providencia. En esta parte se hizo árbitro su santidad del conocimiento de la necesidad pública, y no siguió la que se representaba en la súplica; y ajustando su santidad la resolucion á su dictámen, condescendió solamente á una pequeña parte de las tres que se pretendian.

36 Sin embargo de lo que suenan las enunciadas bulas y constituciones canónicas, me parece que no arguyen autoridad en la Iglesia para conocer y decidir de las necesidades públicas del reino, ni de la obligacion de los eclesiásticos á contribuir con parte de sus bienes á sostenerlas como los legos. La prueba que mas concluye este pensamiento se debe tomar de la *ley* 1. *tit.* 7. *lib.* 6. *de la Recop.* (No se transmite á la Novísima), en la cual se refieren las leyes y ordenanzas hechas en córtes que disponen, «que no se »echasen, ni repartiesen ningunos pe»chos, servicios, pedidos, ni monedas, »ni otros tributos nuevos,::::: sin que »primeramente sean llamados á Córtes »los Procuradores de todas las Ciuda»des, y Villas de nuestros Reynos, y »sean otorgados por los dichos Procu»radores, que á las Córtes vinieren.»

37 No puede haber ley que mas expresamente determine que la imposicion de tributos, y el exámen de las causas que las justifiquen, pendian del arbitrio y conocimiento de las córtes; pero los graves autores que penetraron bien el fondo de esta ley, y el uso que se hizo de ella muchas veces, manifiestan que esta condescendencia no ofende ni debilita el supremo poder de los reyes, independiente y absoluto para imponer pechos y servicios, cuando lo exige la necesidad y utilidad pública: Castro *en su* 1. *alegacion canónica desde el num.* 38. El señor Ramos del Manz., en sus Apuntamientos de reinados de la menor edad, trata en la pag. 291. de la citada *ley* 1. *tit.* 7. *lib.* 6., y dice: «Ordenacion muy acep»table á los Reynos, digna de obser»vårseles, y de conveniencia política »para los Reyes; aunque no de obliga»cion de justicia indispensable, en los »que siempre, como los de Castilla, »reynaron con magestad y poderío in»dependiente.»

38 Pues si los reyes de España en lo tocante á sus vasallos legos acostumbraron á usar de los medios suaves de manifestar las justas causas que mueven su real ánimo á exigir mayores tributos para la defensa de su reino, dándoles algunas veces el nombre

de donativos, subsidios ó servicios, ¿qué extraño será que para ir de acuerdo, y guardar la buena armonía con la santa sede, pusiese como en su mano las causas de utilidad y necesidad del estado, y la imposibilidad de los legos á sostenerlas, á que correspondian de justicia los auxilios y contribuciones de los clérigos; sin que estas reverentes súplicas disminuyan el alto poder de los reyes para acordar por sí solos, si la necesidad lo pidiere, la cuota con que deben contribuir los clérigos para las necesidades públicas, en que inmediatamente se interesan con los legos?

39 Lo dispuesto en los dos concilios Lateranense III y IV se dirige á impedir que los magistrados inferiores impongan y exijan de las iglesias cargas injustas, con pretesto de ser necesarias para ocurrir á las necesidades comunes; y para evitar estos agravios, y conocer cuando los hacian, se estimó conveniente que el obispo y cabildo considerasen sus circunstancias.

40 Los ruegos de los reyes en las provisiones ordinarias de fuerza para que los jueces eclesiásticos absuelvan á los excomulgados al tiempo de remitir los autos, ó despues de haber declarado en su vista la fuerza, tienen un aire de súplica; pero en realidad mantienen el fondo de precepto, que obliga al eclesiástico á cumplirla, como lo asegura para los dos casos indicados el señor Covarrubias en el *cap.* 35. *de sus Pract. n.* 3., y con respecto al segundo caso lo confirma tambien el señor Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 2. *desde el n.* 149., siendo esta otra prueba de que las palabras de los reyes, aunque se digan con un estilo honesto y decoroso, obligan á su cumplimiento, y no lo dejan pendiente de otro arbitrio.

41 ¿Como podria tolerarse que se comprometiese la magestad, y se dudase del testimonio que el rey da de la necesidad pública, y de la que hay para que los eclesiásticos contribuyan con los legos á sostenerla? ¿Y cómo podrian los reyes llenar su primera obligacion de mantener en paz y en justicia sus vasallos, si dependiesen los medios de agena voluntad? ¿Cuántas veces se compra la seguridad de la paz á costa de intereses? Los auxilios que se dan á los aliados, para que incomoden y debiliten á los enemigos propios, suelen traer mayores ventajas á la república, que si se gastasen dentro de ella. Los fondos conservados en el real erario son á las veces los escudos mas fuertes y de mayor utilidad á la patria, porque hacen temer y respetar el nombre de los reyes, y excusan el ejercicio de sus armas. ¿Pues á quién sino al príncipe toca examinar y decidir dentro de su casa estos puntos indispensables de su gobierno? En esto convienen todos los publicistas: Pelzhof. *Arcan. stat. lib.* 6. *cap.* 6. *n.* 19.: Larr. *Allegat.* 60. *et* 61. *n.* 28.: Cresp. *Observat.* 1. *part.* 1. §. 2. *num.* 28.: Castro *Allegat.* 1. *n.* 71.; y Bobad. *lib.* 5. *cap.* 5. *num.* 11.

42 Pues si el rey debe ser autor único de la imposicion de tributos, servicios ó pechos, tanto á los legos como á los clérigos, cuando la necesidad pública no pueda sostenerse por los primeros, al mismo rey debe pertenecer privativamente la autoridad de interpretar y declarar las dudas que se ofrecieren en la inteligencia, comprension ó extension de las franquicias, que recibieron los clérigos de la mano real, del término á donde pueden llegar, y del regreso de sus obligaciones al primitivo estado en que por ley contribuian con los legos á los fines de necesidad y utilidad comun.

43 Esta es una verdad declarada generalmente en las leyes, y confirmada por las que tratan particularmente de tributos: *ley* 14. *tit.* 1. *Part.* 1. La *ley* 8. *tit.* 18. *lib.* 9. *de la Rec.* (Ley 9. tit. 9. lib. 1. de la Nov. Recop.) refiere en su principio que «los Clérigos, »Iglesias, y Monasterios, y otras per»sonas esentas pretendian que de los »heredamientos, y otros bienes que »compraban, no pagasen alcavala los »vendedores, diciendo que si la paga»sen, vendrian ellos á comprar mas »caro; y que por esta razon les ha de »aprovechar su privilegio.» A esta duda contestaron los señores Reyes Católicos y mandaron «que los vendedores

»ayan de pagar la alcavala, como »si los vendiesen á personas legas, y »que esto aya lugar y se guarde, »no embargante que los compradores »esentos compren los bienes horros de »alcavala; y si los vendedores no pu»dieren ser avidos, que de los hereda»mientos, y otras cosas que vendieren »á los dichos Clérigos y personas esen»tas, se pueda cobrar el alcavala.»

44 La *ley* 6. *del prop. tit.* 18. *lib.* 9. (Ley 8. tit. 9. lib. 1. de la Nov. Recop.) indica en su principio la duda que se concibió en cuanto á si los clérigos, que vendiesen sus propios bienes, estaban exentos de pagar alcabala, y si se entendia extensivo el privilegio de su franqueza á este tributo. Esto se percibe del principio de la misma ley, *ibi*: «Porque nuestra intencion es que »á los Clérigos, é Iglesias de nuestros »Reynos, les sean guardadas las fran»quezas, que por derecho les compe»ten, tambien en lo tocante á las alca»valas.» Si la franqueza de no pagar alcabala hubiera estado clara y asentada á favor de los clérigos antes de esta ley, no necesitaban los señores Reyes Católicos manifestar en este artículo su intencion, pues seria en vano si la de sus predecesores hubiera sido la misma.

45 Continúa la ley su disposicion, y manda que los arrendadores y otras personas que hubieren de recaudar las alcabalas, «no las pidan, ni deman»den de las ventas, que hicieren de »sus bienes qualesquier Iglesias, y Mo»nesterios, Perlados, y Clérigos de es»tos Reynos, ni de los trueques, por »lo que á ellos toca, y puede tocar.»

46 En esta última parte de la ley se presenta otra prueba mas eficaz de que la exencion de alcabalas estaba muy dudosa, y acaso contraria al intento de los clérigos, y que fué necesaria la declaracion ó nueva gracia, que les hicieron los señores Reyes Católicos.

47 Ya se habia tratado anteriormente en el reinado del señor Don Juan el II, sobre si las iglesias y clérigos debian pagar alcabala de los bienes que vendiesen ó trocasen; y examinado este importante asunto con la mas séria reflexion, se resolvió por todos los consejeros del señor rey Don Juan que debian pagarla, aunque no fuesen negociadores, ni mediasen personas legas; y consiguiente á este acuerdo y resolucion se estableció por ley general, que es la 4. *tit.* 4. *lib.* 6. *del Ordenam. Real*, lo conveniente acerca de que el clérigo que vendiese sus bienes pagase enteramente la alcabala de ellos.

48 Este órden progresivo de la duda que ocurrió, y de las resoluciones que la decidieron, se refiere por Gutierrez, *q.* 94. *lib.* 6. *n.* 3.; Gregorio Lopez sobre la *ley* 50. *tit.* 6. *Part.* 1., y por otros.

49 Algunos dudaron si en las donaciones, ventas y enagenaciones que hacian los reyes de algunas villas ó lugares, con la cláusula general de todas sus rentas, pechos y derechos, se comprendian las alcabalas, ó si era preciso hacer específica mencion de ellas, especialmente en aquellos títulos que se habian expedido antes de la imposicion de este tributo, acordado en las córtes de Burgos año de 1300; y para quitar esta duda que corria sobre graves fundamentos, se declaró por real decreto de 29 de Enero de 1711, que en aquella cláusula general de rentas, pechos y derechos se comprendian las alcabalas.

50 Si los clérigos vendiesen los bienes que hubiesen adquirido en tratos ó grangerías, deben pagar alcabala como los legos. Así lo declararon los señores Reyes Católicos en la *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 9. (Ley 8. tit. 9. lib. 1. de la Nov. Recop.) por limitacion á la anterior próxima. Lo mismo se contiene en el *auto* 1. *llamado de Presidentes del propio tit. y lib.*; pero si hubiese duda en si los bienes que venden proceden de trato ó grangería, ó de su patrimonio y beneficios, este exámen y conocimiento corresponde á los jueces encargados de la administracion y cobranza de las rentas reales. Esto es lo que dispone el citado *aut.* 1., viniendo á demostrarse por todas las leyes referidas que las dudas que se exciten acerca de los tributos que deben pagar los clérigos, deben venir al co-

nocimiento de los jueces reales. Lo mismo se observa en lo tocante á los servicios de millones, y á los medios elegidos para su paga, sin que los jueces eclesiásticos puedan mezclarse en impedir su ejecucion, como se contiene en el *aut.* 35. *tit.* 4. *lib.* 2.

51 Cuando los clérigos estan comprendidos en la paga de tributos, aunque se les dé el nombre de servicios, subsidio ú otro equivalente, su exaccion y cobranza corresponderá por derecho á los jueces reales, como sucede en las contribuciones que hacen para caminos, puentes y otras causas públicas: porque no gozando en estos casos de exencion, se consideran en el estado de su nativa obligacion, y entran con los legos como parte de la república á pagar de sus bienes la cantidad que les corresponde.

52 Si al tiempo que se acuerdan y establecen los servicios y tributos que deben pagar los clérigos, autorizándolo su santidad, se encarga en las bulas apostólicas la cobranza y exaccion á los jueces eclesiásticos, es justo que se deje correr á su cuidado: porque la aceptacion y consentimiento, que prestaron los señores reyes á este medio de ejecutar la cobranza, tiene el mismo efecto que si la hubiesen elegido *motu proprio*, como pueden hacerlo, confiando la administracion y cobranza de dichas rentas reales á las personas que mejor les parecieren; y no debe alterarse el convenio y condescendencia real sin una muy justa y grave causa, cual seria si los jueces eclesiásticos fuesen morosos en la exaccion de las contribuciones de los clérigos, ó con otros pretestos impidiesen su cobranza; pues entonces bien podria el rey mandarla hacer á los jueces reales, procediendo contra los bienes de los mismos clérigos, sin tocar de modo alguno en sus personas.

53 Esta proposicion está confirmada en todas sus partes en la real instruccion que se dió para la ejecucion del artículo octavo del concordato con la santa sede del año de 1737, comprendida en la real cédula de 29 de Junio de 1760. En el citado artículo octavo quedan sujetos á todos los impuestos y tributos regios, que los legos pagan, todos aquellos bienes que por cualquiera título adquiriesen cualesquiera iglesias, lugar pio, ó comunidad eclesiástica, y al fin del mismo artículo dice lo siguiente: «Y que no »puedan los tribunales seglares obli»garlos á satisfacerlos, sino que esto »lo deban ejecutar los obispos.»

54 El capítulo III de la citada real instruccion trata del juez para los apremios, y del modo de hacerse la cobranza, y en el *n.* 2. dice: «Que se »acudirá por el síndico procurador en »los pueblos encabezados, y por los »administradores, ó sus dependientes »en los administrados, á pedir los »apremios contra todos los morosos, »ante los jueces diocesanos, ó sus sub»delegados.» En esto guarda S. M. religiosamente lo convenido con la santa sede al fin del citado artículo octavo.

55 Continúa la instruccion, y en el *n.* 3. dice lo siguiente: «Si pasados »tres dias no se hubiesen despachado »los apremios, ó si despachados no hu»biesen sido efectivos dentro de otros »tres, procederán las justicias en los »pueblos encabezados, y los superin»tendentes, subdelegados, ó comisio»nados en los administrados, dejando »salvas las personas y puestos eclesiás»ticos, á hacer por sí efectiva la co»branza en los bienes y efectos suje»tos á la contribucion.»

56 Al *n.* 5. dice: «Que de los proce»dimientos y agravios, que puedan ha»cer las justicias en las regulaciones, »en los repartimientos, y en las co»branzas, solo admitirán los recursos »al superintendente, ó subdelegado.»

57 Con reflexion á todos los artículos que se han tratado en este capítulo, podrán resolverse fácilmente los casos en que pueda haber lugar al recurso de fuerza de conocer y proceder, ya se dirija al Consejo de Hacienda, ó al de Castilla, conforme á las leyes y autos acordados.

## CAPÍTULO V.

*De la fuerza de conocer y proceder en la ejecucion de las bulas apostólicas, en que se mandan proveer beneficios eclesiásticos, impidiendo, ó derogando el patronato laical.*

1 Pues que se han escrito ya diferentes tratados de esta materia, y especialmente la trató con tanta solidez y erudicion el señor Salgado; ¿qué utilidad podrá traer al público el repetir ó reproducir sus pensamientos? En la sustancia se presentará muy conocida acerca de varios puntos esenciales que omitió este sabio autor, no menos que acerca de otros que trató con oscuridad, como tambien sobre algunos en que su opinion no se conforma con el uso y práctica de los tribunales reales, ni en el ingreso ni en la decision de estos recursos; y si se logra ademas tratarlos y explicarlos con órden claro y sencillo, aventajará este tratado al principal que escribió el mismo Salgado con el título de *Supplicatione et Retentione*.

2 Así lo entendió y recomendó el sapientísimo Cano en el prólogo al *tom.* 1. *de Locis Theolog.* ibi: *Sæpe mecum cogitavi, lector optime, boni ne plus is attulerit, hominibus, qui multarum rerum copiam in disciplinas invexit, an qui rationem paravit et viam, qua disciplinæ ipsæ facilius et commodius ordine traderentur*::::: *Ordinem vero, dispositionem, perspicuitatem sibi si assumunt* (*recentiores*) *videntur ea jure suo quodammodo vindicare.*

3 En los doce primeros siglos de la Iglesia no pudo ni debió examinarse la facultad que compitiese al papa para derogar el patronato laical en la provision de beneficios, porque no hay memoria de que proveyese alguno en aquel tiempo, reconociendo en los obispos privativamente la potestad de proveerlos.

4 Al mismo tiempo de la ordenacion de los presbíteros y diáconos, los ascribian á las iglesias en donde eran útiles y necesarios; y este era el título con que podian y debian recibir su decente manutencion de los bienes que ofrecian los cristianos á la Iglesia, de las posesiones que ésta reservó cuando fué decayendo el ardor de la caridad, y de los diezmos con que empezaron á contribuir y han continuado por costumbre y por ley. En estos tiempos no habia diferencia entre la ordenacion y provision de beneficios: uno y otro estaba en manos del obispo, y no hay memoria de que en los doce primeros siglos de la Iglesia se mezclase el papa en la enunciada provision.

5 Esta es en resúmen la disciplina constante que observó la Iglesia, de la cual trataré con mayor extension en otro lugar, sirviendo ahora de autoridad sólida la que ofrecen el concilio de Calcedonia, año 451: el Lateranense III, año de 1179, *can.* 6.: el Tridentino, *ses.* 23. *de Reformat. cap.* 16.: el concilio Aurelianense I, año 511, *can.* 23., en Harduino, *tom.* 2. *pag.* 1011.: Aurelianense III, año 538; y el Emeritense, año 666, *can.* 13., en Harduino, *tom.* 3. *pag.* 1003.: el concilio Toletano IV, año 633, *can.* 33.; y el X, año 656, *can.* 3.: Natal Alejandro *en su Histor. Ecles. sig.* 6. *cap.* 6. *art.* 5. *n.* 6., y en el *sig.* 11. *cap.* 7. *art.* 6. *número* 3.: Tomasin. *part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 33. *n.* 1.: Van-Spen *in jus Eccles. univ. part.* 2. *tit.* 21. *cap.* 2., y otros muchos autores.

6 En estos tiempos, que corrieron sin novedad hasta el siglo XII, no podia tener lugar la defensa del estado en detener y alzar el daño público de proveer los beneficios con derogacion del patronato laical, porque no usaron los papas de esta autoridad.

7 Adriano IV lo reconoció así, pues en la carta que escribió el año de 1154 á Teobaldo, obispo de Paris, se ciñe á recomendarle el mérito y servicios de Hugo, cancelario del rey de Francia, rogándole que por su mediacion le confiriese el primer personado ó prebenda que vacase en su iglesia: *Inde est quod illum fraternitati tuæ duximus plurimum commendandum, rogantes attentius, quatenus pro beati Petri, et nostrarum reverentia litterarum, primum personatum, vel hono-*

*rem, qui in tua vacabit ecclesia, ei concedas, ut et ipse nostras sibi preces sentiat fructuosas, et nos de nostrarum precum admissione gratiarum tibi debeamus exolvere actiones.*

8 El mismo papa Adriano IV, Alejandro III, Inocencio III, y otros sumos pontífices siguieron el mismo estilo en sus recomendaciones, de las cuales hace mérito Harduino en el *tomo* 6. *de su Coleccion de Concilios, pag.* 1343. *y* 1351., y en el *Apéndice* 1. *pag.* 1432. *y* 1458.: *cap.* 13. *ext. de Ætate, et qualitate, et ord. præficiendor.*

9 Con el uso frecuente de las enunciadas cartas comendaticias, y por el que tuvieron en otro tiempo los curiales de Roma, intentaron elevar la potestad de los sumos pontífices al alto grado de poder libremente, no solo proveer los beneficios cuando vacasen, sino tambien anticipar el derecho de expectativa de los que debian proveerse, extendiendo ademas su autoridad con título de reservas hasta excluir enteramente la de los obispos.

10 Esto es lo que manifiestan muy por menor las repetidas constituciones, que contienen los *cap.* 2. *de Præbend. et dignitat. in Sext.*: *cap.* 10. *de Privileg. in eod.*: *Clement.* 1. *Ut lite pendente nihil innovetur: cap.* 4. *et* 14. *de Præbend. et dignitatib. en las Extravagantes comunes*, y se contienen tambien en la regla 9. de cancelaría, de la cual trató largamente Riganti.

11 En este tiempo, y por las causas y medios indicados, presumo yo que llegó á lo sumo el desórden público que se padeció generalmente en España en la provision de beneficios, y que llamó justamente el cuidado de los señores reyes para proveer á su enmienda, suspendiendo las bulas apostólicas, y suplicando de ellas á su santidad en los casos que ofendian al estado y á la causa pública; sobre lo cual tomaron oportunas providencias en las leyes del *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Rec.*, señaladamente en la 25. (Ley 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Recop.) que dispone entre otros artículos que no se ejecuten las bulas apostólicas, que se «dieren con derogacion del derecho de »patronato de legos,» que es el caso particular de que se trata en este capítulo, mandando á todos los prelados y personas eclesiásticas y legas «que »quando alguna provision, ó Letras »vinieren de Roma en derogacion de »los casos susodichos, ó de qualquier »de ellos, ó entredichos, ó cesacion *à* »*divinis* en execucion de las tales pro»visiones, que sobresean en el cum»plimiento dellas, y no las executen, ni »permitan, ni den lugar que sean cum»plidas, ni executadas, y las embien »ante Nos, ó ante los del nuestro Con»sejo para que se vea, y provea la ór»den que convenga, que en ello se ha »de tener.» Impone ademas la ley á los contraventores graves penas, hasta llegar á la de muerte respecto de los notarios ó procuradores que la infringiesen.

12 La diligencia y cuidado de los señores reyes y sus tribunales lograron mejorar la suerte de estos reinos, haciendo que se enmendasen sucesivamente los daños indicados, á los cuales se dió punto casi general en el solemne concordato, celebrado entre esta córte y la de Roma el año de 1753.

13 Desde esta época feliz son rarísimos los casos en que puedan temerse perjuicios de la curia romana en derogacion del derecho del patronato de legos; y apenas es importante examinar de intento la razon en que pudiese fundarse la suspension de tales bulas, y las circunstancias que dieron lugar á esta providencia. Esto no obstante conviene no perder la memoria de unos establecimientos tan saludables para hacerlos observar en cualquiera caso en que se sienta el daño público, aunque no sea tan repetido como antes.

14 En la enunciada *ley* 25. se mandó que no se cumpliesen ni ejecutasen las referidas bulas, sino que se enviasen al Consejo [18] para que se viese y proveyese la órden que conviniese que en ello se hubiese de tener. ¿Qué defensa pues mas oportuna ó moderada podia hacerse en daños tan graves é inminentes? Es oportuna, porque se anticipa al daño: es moderada, porque se reduce á informar reverentemente á su santidad del daño públi-

co, que se padeceria en la ejecucion de las bulas, esperando seguramente el remedio de la misma fuente de la justicia, de donde con violencia, por oportunidad ú otros medios se habian sacado contra la religiosa intencion de su santidad.

15 El daño que se temia era bien grave y notorio, pues lo asegura el rey en la misma *ley* 25. *tit.* 3. *lib.* 1. (Ley 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Rec.) por aquella cláusula general y particular, que dice lo siguiente: «Porque »qualquiera cosa que se proveyese por »su Santidad, y sus Ministros en de»rogacion de las cosas susodichas, ó »qualquiera de ellas, traeria muy gran»des, y notables inconvenientes, y de»llo podrian nacer escándalos, y cosas »que fuesen en deservicio de Dios »nuestro Señor, y nuestro daño, y de »estos Reynos, y naturales de ellos.»

16 En el solemne concordato celebrado con la santa sede el año de 1753, se acordó que nada se innovase en cuanto á aquellos beneficios que existiesen de derecho de patronato particular de legos por fundacion ó dotacion de personas particulares.

17 En el breve que expidió su santidad en 10 de Setiembre del mismo año de 1753 con motivo de la carta circular del nuncio, librada en ejecucion del citado concordato, declaró no haberse puesto en éste ni una palabra, ni determinádose cosa alguna sobre el patronato laical de personas particulares, antes bien se estableció que nada se hubiese de innovar acerca de él. Lo mismo se repite en el real decreto que se comunicó á la cámara en 13 de Octubre del propio año, del cual se hace memoria *num.* 20. *de la remision*, *tit.* 6. *lib.* 1.

18 Por todas las enunciadas constituciones apostólicas y leyes reales se manifiesta el cuidado y respeto con que han mirado á conservar ilesos los derechos del patronato laical, considerando en su derogacion graves daños y escándalos públicos; y esta sola prueba en general, aunque no se distinguiesen ni señalasen expresamente, bastaria para que los reyes y sus ministros velasen con toda diligencia en defender y amparar á sus reinos de la violencia y turbacion que sentirian con la derogacion del derecho de patronato laical.

19 La Iglesia permitió y ofreció este derecho á los que fundasen, dotasen, ó construyesen iglesias ó beneficios, concediéndoles la facultad de elegir y presentar al ordinario eclesiástico persona digna, que sirviese las iglesias y beneficios de su efectivo patronato.

20 Añadió tambien la misma Iglesia que no se defraudaria este apreciable derecho de elegir y presentar, ni seria lícito al obispo proveer las dichas iglesias ó beneficios patronados en persona que no fuese grata al patrono, concurriendo en la que éste nombrase las demas circunstancias de idoneidad y probidad que asegurasen el cumplimiento de las obligaciones y cargas de la iglesia ó beneficio.

21 Estas dos partes se hallan especialmente declaradas en el concilio IX Toletano, año 655, *cánon* 2., ibi: *Atque rectores idoneos in eisdem basilicis iidem ipsi offerant episcopis ordinandos. Quod si tales forsan non inveniantur ab eis, tunc quos episcopus loci probaverit Deo placitos, sacris cultibus instituat, cum eorum conniventia servituros. Quod si spretis ejusdem fundatoribus, rectores ibidem præsumpserit episcopus ordinare, et ordinationem suam irritam noverit esse, et ad verecundiam sui alios in eorum loco, quos iidem ipsi fundatores condignos elegerint ordinari.*

22 Este cánon se trasladó al 32. *caus.* 16. *q.* 7., y de estas disposiciones canónicas se formó la *ley* 5. *tit.* 15. *Part.* 1., que dice: «Vacando alguna »Eglesia, por qualquier razon que sea, »en que oviesen algunos derechos de »Patronazgo, non deve el Obispo, nin »otro Perlado, poner Clérigo en ella, »á menos de gelo presentar los Patro»nos: é si lo ficieren, non deve aver »la Eglesia aquel Clérigo; ante el mis»mo, que lo puso, lo deve toller por »su vergüenza, é poner en ella el que »presentaren los Patronos, seyendo tal »que lo merezca:» *Trident. ses.* 25. *de Reformat. cap.* 9. Lo mismo se dispone

en la *Novela* 57. *cap.* 2., y en la 123. *cap.* 18.: Van-Spen *in Jus Eccles. univers. tom.* 2. *part.* 2. *tit.* 25. *de Jur. Patronat.*: Tomasino *de Benef. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 30. *n.* 17.

23 ¿Habrá alguno que caiga en la temeridad de creer ó persuadirse que el sumo pontífice quisiese destruir estos establecimientos de sus predecesores con sola una palabra contenida en la particular disposicion de su bula? ¿No será mejor tenerla por agena de su voluntad, y aun contraria á sus intenciones, como sacada por importunidad y violencia? Y en este concepto, que es mas conforme á los cánones y á las leyes, ¿seria justo ni lícito auxiliar el engaño y la osadía de los que obtienen semejantes bulas, y proteger el agravio que hacen al papa, y el que intentan irrogar al estado?

24 ¿Podrá imaginarse que los sumos pontífices intentasen revocar la facultad que concedieron á los que fundan, dotan y edifican iglesias ó beneficios, de que puedan señalar y presentar para su servicio una persona grata y digna, ya proceda este derecho de un principio de generosa liberalidad, ó ya suba al alto grado de remuneracion, y mucho mas si se considera por ley pactada al tiempo de la fundacion y dotacion? Pues todo esto tiene el patrono en el derecho de nombrar y presentar al ordinario eclesiástico persona digna, que sirva la iglesia ó beneficio que edificó, dotó ó fundó.

25 Pruébanse con demostracion todas las partes de las dos proposiciones antecedentes en los cánones, en las leyes y en los autores.

26 El *cap.* 57. *ext. de Elect. et elect. potest.*, ibi: *Neque enim credendum est Romanum Pontificem* (*qui jura tuetur*) *quod alias excogitatum est multis vigiliis, et inventum, uno verbo subvertere voluisse*: *leg.* 35. *Cod. de Inofficios. testam.*: *leg.* 13. *Cod. de Non numerat. pecun.*, ibi: *Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.*

27 A esta regla, que asegura no ser el ánimo de los sumos pontífices ni de los reyes derogar los establecimientos generales propios ni los de sus antecesores por palabras pasageras, y sin estar bien examinada y probada la necesidad y utilidad de deshacerlas, interpretarlas, ó declararlas, en que convienen uniformemente las *leyes* 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1., y las 1. 2. *y* 3. *tit.* 14 *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 2. 4. y 5. tit. 4. lib. 3. de la Nov. Recop.), con los *cap.* 5. *ext. de Rescriptis*, y 6. *de Præbendis et Dignitatibus*, permitiendo, y aun mandando que se represente y suplique de los rescriptos, cédulas, y provisiones, que sean contrarias á las leyes ó al derecho de tercero, se añade en el caso presente otra calidad, que eleva á mayor evidencia el concepto de que no quiere el papa revocar ni debilitar los enunciados establecimientos, que contienen una donacion ó beneficio á favor de los patronos, ya naciese de generosa liberalidad de la Iglesia, ó ya llegase á ser remuneratoria: *cap.* 16. *de Regul. juris in Sext.* ibi: *Decet concessum à Principe beneficium esse mansurum*: *Novel.* 10. *de Refrendariis palatii.*, ibi: *Non ut, quæ sunt auferamus eis concessa, nec enim hoc imperialis est majestatis proprium*: *ley* 6. *tit.* 10. *lib.* 5. (Ley 5. tit. 5. lib. 3. de la Nov. Recop.), ibi: «Las cosas que el Rey diere á alguno, que no gelas pueda quitar él, ni otro alguno sin culpa:» *ley* 4. *Cod. de Donationibus quæ sub modo*: Molina *de Primog. lib.* 4. *cap.* 3. *nn.* 18. 19. *y* 20., con otros muchos.

28 Los que edifican, fundan, ó dotan iglesias y beneficios de sus propios bienes, hacen á la Iglesia una donacion perpétua, en la cual se interesa la causa pública con respecto al bien espiritual y temporal: queda ademas el patrono con la carga y obligacion de proteger y defender la misma iglesia que edificó, los bienes de su dotacion y los beneficios; y por estos dos respectos se les concede el derecho de elegir y presentar persona que los sirva, no pudiendo salir esta gracia de la recomendable esfera de remuneratoria.

29 Aunque las referidas fundaciones llevan por primer objeto el servicio de Dios, no se desnudan de aquel

afecto de honor y de interes que apetecen los fundadores; quienes confiados en las promesas que les hace la Iglesia de guardarles sus derechos y preeminencias, convierten sus propios bienes en esta especie de obras pias, y pasan á ellas los de su dotacion con la condicion indicada, viniendo á formar un contrato *do ut des*, que mas propiamente puede llamarse una reserva del derecho de presentar persona que sirva dichos beneficios, perfecta y autorizada por los cánones antes de entrar en el patrimonio de la Iglesia los bienes de su ereccion, dotacion y fundacion.

30 Puede ademas considerarse que el derecho de presentar forma una parte muy apreciable en el patrimonio del patrono, así por el honor que resulta á su casa y familia, como por el interes con que las mas veces son socorridos sus parientes con las rentas de las iglesias y beneficios que fundaron.

31 Por todos estos títulos concibe justamente el rey no haber sido la intencion del sumo pontífice destruir los sólidos establecimientos de los cánones y de las leyes, ni causar tan grave daño á la Iglesia y al estado; y que con suplicar de las bulas, y detener su ejecucion, se satisface, y se conforma con la voluntad del sumo pontífice, y defiende al mismo tiempo á la república de los perjuicios que sufriria si corriesen estas gracias.

32 La citada *ley* 25. *tit*. 3. *lib* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Recop.) solo pone remedio para ocurrir á las gracias, que se expiden en derogacion del derecho de patronato de legos, y no hace mencion del patronato eclesiástico. Esta diferencia obliga á observar la que puede haber entre los dos patronatos, en cuanto á que la derogacion del uno no irrogue el daño público que se considera en el de legos, como se percibe claramente si se atiende á su orígen y pertenencia. El patronato laical es aquel que se adquiere ó reserva cuando se edifican, fundan y dotan iglesias ó beneficios con los bienes propios patrimoniales, ya lo hagan los legos ó los clérigos, aunque estos los hayan edificado, fundado y dotado con las rentas adquiridas por razon del beneficio que obtengan, y servicio que hagan en alguna iglesia; y es la razon, porque los clérigos, segun la costumbre de España autorizada por la *ley* 13. *tit*. 8. *lib*. 5. *de la Rec.* (Ley 12. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Recop.) los adquieren con pleno dominio, y pueden disponer de ellos libremente, y aun cuando no lo hagan, se sucede en ellos como en los otros bienes que los dichos clérigos tuvieren patrimoniales, habidos por herencia, donacion ó manda.

33 Si los patronatos, que en su orígen fueron laicales, se trasladan á las iglesias por donacion ó por cualquiera otro título, pierden su primitiva naturaleza, y reciben la de eclesiásticos.

34 Si los beneficios se edifican, dotan, ó fundan con rentas y bienes de la Iglesia, su patronato será eclesiástico, ya se ejercite por clérigo ó por lego, porque uno y otro lo hacen á nombre y representacion de la misma Iglesia. Esta es la doctrina mas sólida que en todas las partes indicadas propone y refiere Van-Spen *in Jus Eccles. univ. tom*. 2. *p*. 2. *tit*. 25. *cap*. 2. *desde el número* 1. *al* 10., y la prueba en parte del *cap. único de Jure patronatus in Sext*. En las mismas proposiciones convienen Govarr. *Pract. cap*. 36. *num*. 2. *vers. Distinguitur*; y en el *n*. 5. *vers. Secundo*: Salg. *de Reg. part*. 3. *cap*. 9. *n*. 100.: Solorz. *de Jur. Indiar. tom*. 2. *lib*. 3. *cap*. 3. *n*. 1., con otros muchos que refiere.

35 De este orígen y calidad resulta la mayor autoridad del papa en la eleccion y nombramiento del que ha de servir la iglesia ó beneficio de patronato eclesiástico: porque siendo superior de la misma iglesia á donde corresponde, se verifica que el prelado de ella usa de aquel patronato sin ofender á persona alguna, ni perjudicarla en las facultades de presentar, las cuales no eran propias del prelado inferior, y sí de la iglesia ó beneficio á que estaba antes anejo este derecho. Por esta misma razon se consideran comprendidos en las reservas generales los beneficios de patronato eclesiástico y no los de patronato lego.

36 En los patronatos mistos, que se componen de voces iguales de eclesiásticos y de legos, no tienen lugar la reserva ni las derogaciones, que intente hacer su santidad en sus provisiones. Esta es una doctrina en que convienen todos los autores referidos, y se fundan en que la calidad negativa del patronato laical es dominante, y atrae á sí la del eclesiástico.

37 La duda se excita acerca de aquellos patronatos mistos en que la mayor parte ó número de voces corresponden al patronato eclesiástico, y el menor al lego. El Ilmo. Lambertino, en su tratado *de Jure patronatus*, *lib.* 2. *part.* 3. *q.* 9. *art.* 9. *n.* 3. *y* 4., establece que en el caso referido se debe considerar laical todo el patronato, por la calidad ventajosa á unos y á otros interesados, pues los conserva en la libertad de sus facultades, ibi: *Fiat ergo prædominatio à qualitate illius ex ipsis patronis ecclesiastico, et laico, à quo si non fieret, illi præjudicaretur, et si fiat, erit commodum utriusque; et hæc est firmior regula, cui non potest dari contraria instantia:::: Dico in casu nostro esse attendendum præjudicium tertii, ut à qualitate ipsius capiatur denominatio, quamvis unus esset cui præjudicaretur, et plures non, quia secundum jura posset illis præjudicari.* Y al fin del citado *num.* 4. concluye: *Non esse considerandam majoritatem numeri, et jurium ipsorum; et hæc est maxima extensio ad conclusionem nostram.*

38 Las apelaciones son recomendables por todos los derechos, y las protegen las leyes para que se admitan en todas las causas y negocios con la sola excepcion ó limitacion en aquellos que sean privilegiados; y sin embargo cuando concurren dos calidades inseparables en un auto ó sentencia, una que permite apelar, y otra que lo prohibe y resiste, vence la cualidad negativa, y excluye enteramente la apelacion: Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 7. *per tot.* Esta es una doctrina que por mayoría de causa y razon confirma la opinion del señor Lambertino á favor de la calidad del patronato laical, y resiste la derogacion, y debe hacer comun este beneficio á los demas socios interesados en el patronato.

39 La calidad que se prescribe algunas veces en la fundacion de capellanías, de que el presentado sea presbítero, se satisface aunque no la tenga al tiempo de la presentacion, si está en aptitud de poder serlo dentro de un año; pero cuando se dice que no pueda ser presentado no siendo presbítero, es necesario que lo sea al tiempo de la presentacion. La diferencia consiste en que la negativa tiene mayor influjo, y predomina á la positiva: Lara *de Capel. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 16.

40 Persuádese la misma conclusion con un principio que hace regla en las cosas que son *pro indiviso* comunes; y es que siempre es mejor la condicion del que prohibe: *cap.* 56. *de Reg. jur. in Sext. In re communi potior est conditio prohibentis*: *ley* 27. §. 1. *ff. de Servitutib. Prædior. urban.*: *ley* 28. *ff. de Communi dividundo*, ibi: *In re communi neminem dominorum jure facere quidquam, invito altero, posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.*

41 El señor Covarrubias en sus *Prácticas*, *cap.* 36. *n.* 5. da la preferencia en la denominacion del patronato al mayor número, de manera que si los patronos legos son dos y el eclesiástico uno solo, se tendrá por laical todo el patronato, y al contrario si fuesen dos los patronos eclesiásticos y uno el lego, quedando en el primer caso excluida la derogacion, y teniendo lugar en el segundo, ibi: *Quòd si jus patronatus ad laicum unum, et ad duos clericos ratione ecclesiarum pertineret, ita quidem quod major pars ex duobus clericis, et potentius suffragium constaret quoad præsentationem, potest admitti hujus patronatus derogatio, quia major pars, quæ in præsentatione jura potiora obtinebit, hujus conditionis est, ut derogationem admittere teneatur. Hujus conclusionis exemplum constitui potest, quando jus patronatus pertinet ad decanum ecclesiæ alicujus, et ad priorem monasterii, et ad Petrum laicum*; *et in eod. n.* 5. *in fine*: *Igitur ubi major pars patronorum jus patrona-*

*tus ecclesiasticum obtinet, derogatio admitti poterit, quippe quæ minori numero patronorum laicorum fiat in effectu.*

42 Aunque este sabio autor no funda su opinion, descubro yo en sus palabras la mas poderosa razon, que me obliga á seguirla con preferencia á la del señor Lambertino; en cuya satisfaccion, y de las observaciones que añadí en su confirmacion, debo exponer las siguientes: que el papa, así como reune en su autoridad el ejercicio del patronato eclesiástico, cuando es solo sin mezcla con el laical, y procede sin reparo á proveer los beneficios de patronato eclesiástico, resume tambien todas las partes y voces del mismo patronato correspondiente á la iglesia, aunque pertenezcan otras á los legos, y puede hacer la misma presentacion del beneficio que harian los prelados inferiores de las respectivas iglesias.

43 En este supuesto, y en el de que sea mayor el número de patronos eclesiásticos, la presentacion que hicieren estos en una persona, seria preferente á la que hiciesen en menor número los patronos legos, y obligarian al obispo á que instituyese en la iglesia ó beneficio al presentado por los patronos eclesiásticos, sin que los legos sintiesen perjuicio en que se desatendiese su presentacion. Esto es justamente lo que se verifica en la provision que hace el papa de tales beneficios, pues contiene la presentacion de los patronos, y la institucion y colacion del ordinario, pudiendo usar de una y otra facultad, ó mandarles que lo ejecuten á favor de las personas que señale. Porque si la presentacion de los patronos legos en menor número, aunque efectivamente la hiciesen, habia de ser inútil, ¿qué perjuicio podrian reclamar para que no se cumpliese la de los patronos eclesiásticos, ejecutada por su santidad á nombre de las iglesias?

44 De los medios de proponer, continuar, concluir y determinar los recursos de fuerza en la suplicacion y retencion de las bulas apostólicas que derogan el patronato laical, y de los tribunales que pueden conocer de estos recursos de fuerza en la suplicacion y retencion de las enunciadas bulas que intentan semejante derogacion, trataré despues de haber examinado los que corresponden á esta especie, aunque sea diferente la causa que los motive, por ser comun la doctrina de estos artículos.

## CAPÍTULO VI.

*Si el papa manda proveer los beneficios eclesiásticos de estos reinos en extrangeros ó en naturales que no sean patrimoniales, en los obispados ó pueblos, á donde por costumbre y constituciones apostólicas se deben proveer en los diocesanos ó hijos de dichos pueblos, se suplica de las enunciadas bulas, y se retienen como perjudiciales á la causa pública del estado.*

1 Las *leyes* 14. 21. 23. *y* 25. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 14. lib. 3. tit. 21. y 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Recop.) señalan los daños públicos que causaria la provision de los beneficios en los que no son naturales de estos reinos, y aun la que se hiciese en los que no fuesen originarios de aquellos obispados y pueblos en que por costumbre y constituciones apostólicas se consideran los beneficios patrimoniales. Estos mismos daños públicos, explicados en las citadas leyes, se refieren igualmente en los sagrados concilios y en los cánones, y se amplian á otros objetos de mayor turbacion y escándalo.

2 La Iglesia observó constantemente en todos sus establecimientos la necesidad y utilidad de que residiesen personalmente sus ministros en las iglesias á que fuesen destinados, sirviendo por sí mismos sus oficios, sin que pudieran trasladarse de unas á otras, ni poner en su lugar otras personas que cumpliesen sus obligaciones. Esta es una verdad que consta en todas sus partes por los hechos y testi-

mónios que refieren Tomasino *Discipl. Eccl. tit.* 1. *part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 34., y Van-Spen *in Jus Eccl. univ. part.* 1. *tit.* 1. *cap.* 4.

3 El concilio general de Calcedonia, año de 451, *can.* 6. dice: *Nullum absolute ordinari debere presbyterum, aut diaconum, aut quemlibet in gradu ecclesiastico, nisi specialiter in ecclesia civitatis, aut possessionis, aut martirii, aut monasterii, qui ordinandus est, pronuntietur. Qui vero absolute ordinantur, decrevit Sancta Synodus irritam haberi hujusmodi manus impositionem et numquam posse ministrare, ad ordinantis injuriam.* Los mismos sentimientos explicaron los padres del concilio general Lateranense III, año 1179, *can.* 5. *Episcopus si aliquem sine certo titulo, de quo necessaria vitæ percipiat, in diaconum vel presbyterum ordinaverit, tandiu necessaria ei subministret, donec in aliqua ei ecclesia convenientia stipendia militiæ clericalis assignet.*

4 La cláusula *sine certo titulo*, de que usa este concilio, equivale á la de *sine certa ecclesia, vel in ecclesia civitatis*, que contiene el citado *cánon* 6. del de Calcedonia, porque iglesia y título son una misma cosa.

5 Baronio en los anales correspondientes al año 112, *números* 4. 5. y 6., concluye sobre graves autoridades y razones con la siguiente: *Sed et alia quoque ratione dici potest ecclesiam dictam esse titulum, nimirum quod qui illi presbyter adscriberetur, ab ea nomen, titulumque acciperet, ut ejus loci presbyter diceretur*: Tomasin. *t.* 1. *p.* 1. *lib.* 2. *cap.* 21. *n.* 11.

6 El epígrafe del *cap.* 2. *ext. de Cleric. non residentib.* dice así: *Deponitur cardinalis, qui in suo titulo non residet.* Y en el cuerpo del capítulo: *Ab omnibus canonice est depositus: eo quod parœciam suam per annos quinque contra canonum instituta deseruit, et in alienis usque hodie demoratur.*

7 El papa Bonifacio VIII, que gobernaba la Iglesia desde 1297 al 302, en el *cap.* 15. *de Rescript. in Sext.* supone que así él como alguno de sus predecesores habian concedido á muchos facultades perpétuas de percibir los frutos de sus beneficios, exceptuando las distribuciones cuotidianas; y en esta parte ya manifiesta que habia precedentes constituciones generales, que prohibian la ausencia de sus iglesias á los que tenian beneficios, y que sin residir en ellas personalmente no podian llevar sus frutos.

8 Explica el mismo pontífice la causa de tantas dispensaciones con las siguientes palabras: *Per ambitiosam importunitatem petentium*, como si dijera, que con violencia y sin voluntad las habia concedido: Salg. *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 3. *desde el n.* 7. *al* 12.

9 Reconoce al mismo tiempo el sumo pontífice los grandes daños que habian traido las enunciadas dispensaciones, ibi: *Ex quo insolentiæ oriuntur vagandi, et disolutionis præparatur materia, minuitur cultus divinus, quem desideramus augeri, et officium plerumque, propter quod beneficium ecclesiasticum datur, omittitur.* ¿Qué mas claro ha de decir que sin la residencia personal en la misma iglesia á que está escripto, no puede el ministro cumplir el oficio, por el cual se le dió el beneficio?

10 Penetrado este santo papa de tan íntimas consideraciones, tomó la resolucion de revocar todas las dispensaciones anteriores, protestando que no daria otras en su tiempo, y que indicaria á sus sucesores que hiciesen lo propio: *Nos volentes emendare præterita, et quantum possumus adversus futura cavere: omnes hujusmodi, et similes indulgentias personis, non ecclesiis, vel dignitatibus datas, penitus revocamus, et earum concessionem nostris volumus exulare temporibus. Quodque nobis licere non patimur, nostris successoribus indicamus.*

11 El santo concilio de Trento halló muy relajada en este punto la antigua disciplina de la Iglesia, y puso gran cuidado en reformarla y mejorarla. El *cap.* 1. *ses.* 6., *el* 2. *de la ses.* 7., y mas principalmente el 1. *de la ses.* 23 *de Reformat.*, declaran las obligaciones de los obispos y su orígen, y la necesidad de residir personalmente en sus iglesias ú obispados para cumplir, como deben, su ministerio pastoral.

12 En el mismo *cap.* 1. *ses.* 13. y

por la misma causa se manda que los que tengan beneficios inferiores con cura de almas, residan personalmente en las propias iglesias.

13 El mismo santo concilio de Trento en el *cap.* 12. *ses.* 24. *de Reformat.* delineó y explicó los cargos y obligaciones de los dignidades y canónigos de las iglesias catedrales y colegiales; y para que atendieran á cumplirlas exactamente por sus propias personas y no por sustitutos, estableció su precisa residencia. No omitió el Concilio tratar igualmente de la residencia que debian tener en sus propias iglesias los ministros inferiores por los beneficios, que llaman simples servideros, en cuya clase reputan los que no tienen aneja cura de almas, aunque esten afectos á otras cargas y ministerios; pues en el *cap.* 3. *ses.* 7. *de Reformat.* dispone lo siguiente: *Inferiora beneficia ecclesiastica, præsertim curam animarum habentia, personis dignis et habilibus, et quæ in loco residere, ac per se ipsos curam ipsam exercere valeant, juxta constitutionem Alexandri III. in Lateranensi, quæ incipit:* Quia nonnulli, *et aliam Gregorii X. in generali Lugdunensi Concilio, quæ incipit:* Licet Canon, *editam, conferantur: aliter autem facta collatio, sive provisio omnino irritetur.*

14 La indefinida expresion, *inferiora beneficia ecclesiastica*, con que empieza el citado *cap.* 3., equivale á la general de todos los beneficios, y la particular que indica el adverbio *præsertim*, para estrechar mas en los curados la obligacion de residir, confirman las dos partes ó proposiciones referidas; esto es, que los deben residir y servir por sí mismos.

15 El *cánon* 13. del concilio Lateranense III, á que se refiere el Tridentino, y empieza: *Quia nonnulli*, dispone con la misma generalidad lo siguiente: *Cum igitur ecclesia, vel ecclesiasticum ministerium committi debuerit, talis ad hoc persona quæratur, quæ loco, et curam ejus per se residere in ipsum valeat exercere.*

16 El *cap.* 16. *de la ses.* 23. *de Reformat.* del mismo concilio de Trento renueva lo dispuesto por el de Calcedonia en el *cánon* 6.; y haciendo supuesto de que ninguno debe ser ordenado, que en el juicio de su propio obispo no sea útil ó necesario á sus iglesias, establece que ninguno se ordene que no se ascriba á la iglesia ó lugar pio, cuya necesidad ó utilidad ha excitado su ordenacion, y que cumpla en ella sus cargos sin distraerse vagamente.

17 La inteligencia, que se presenta por toda la disciplina referida, está reconocida generalmente por los autores, sin que se halle cánon ni ley que permita poseer y llevar los frutos de los beneficios, sin residir y cumplir personalmente sus cargas en las mismas iglesias en que estan instituidos.

18 Algunos de estos autores afirman que por costumbre recibida en España estan dispensados de la residencia personal los que poseen beneficios inferiores sin cura de almas, y que pueden cumplir sus cargas por sustitutos, llamados tenientes ó vicarios: Covarrubias *Variar. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 6. *et* 10.: Fagnan. *in cap.* 6. *de Cleric. non residentib. n.* 4.: Garcia *de Benef. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 3.: Lara *de Capellan. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 51. *et* 52.

19 ¿Pero habrá alguno que tenga por racional la enunciada costumbre, cuando se opone á tan graves y meditadas disposiciones de los santos concilios, y al recomendable fin espiritual que indican los mismos establecimientos? ¿No será mas propio darle el nombre de corruptela, nacida de la desidia de los poseedores de los beneficios, haciéndose cada dia mas intolerable y punible, como lo declara en casos semejantes el *cap.* 11. *de Consuetudine*?

20 Nadie podrá dudar que merece este concepto la que llaman costumbre introducida en España, de no residir los beneficios eclesiásticos, y percibir sus rentas, á vista de los testimonios con que lo asegura S. M., quien por real órden comunicada á la cámara en 11 de Julio de 1781 declara «que »cada dia está mas asegurado de que »todo Priorato, Arciprestazgo, Abadía, »Plebanía, Arcedianato, Beneficio, Racion, Media-Racion, Sacristía, y otros »oficios y títulos Eclesiásticos de esta »naturaleza, tienen los unos por derecho Canónico, y los otros por funda-

»cion varias cargas y obligaciones per»sonales, y algunos son oficios de supe»rioridad, y tienen subalternos; y que »aunque en España hay muchos de es»tos títulos y oficios, que se dicen no »pedir residencia, es error nacido de la »desidia de sus poseedores, y de no ha»berse averiguado su orígen y funda»cion.»

21 Tambien manifiesta S. M. en la enunciada real órden haber entendido «que sin embargo de su religioso zelo en »la observancia de la disciplina Ecle»siástica, culto y servicio de las Igle»sias, y del bien espiritual y temporal »de sus vasallos, que le ha obligado á »poner en sus nombramientos en la ma»yor parte de Beneficios y Arciprestaz»gos la calidad de que los provistos los »residan por sí mismos, y cumplan por »sus personas las cargas á que estan »afectos, no se executa.»

22 Y para que tenga cumplido efecto la ventajosa idea de S. M. de que se residan todos los arciprestazgos, prioratos, beneficios, raciones, sacristías y demas oficios y títulos de esta naturaleza, desempeñando y evacuando sus obligaciones los propietarios por sí mismos, conforme á sus fundaciones y al espíritu de la Iglesia, de que pende en gran parte el bien espiritual, y aun el temporal de sus vasallos, manda S. M. á la cámara «que haga el mas es»trecho encargo á todos los Arzobispos »y Obispos, y demas Coladores inferio»res, de que en sus respectivas provisio»nes sigan el loable exemplo de S. M., y »que los provistos con la calidad de »residir y cumplir personalmente sus »cargas, lo executen personalmente, sin »embargo de la intolerable costumbre »contraria, y de cualquiera otra excusa »ó pretexto de que intenten prevalerse, »disponiendo que á los inobedientes, »que falten al cumplimiento personal »de sus respectivas cargas, y á la resi»dencia por mas tiempo que el preveni»do por derechos, se les apremie con »todo rigor hasta privarlos de los tales »beneficios, de que se les advertirá en »el acto de darles la colacion y pose»sion.»

23 El mismo y aun mas estrecho encargo repitió S. M. á la cámara en otras reales órdenes. Y últimamente manifestó S. M. en real decreto de 24 de Setiembre de 1784 «ser su Real ánimo »que los Beneficios simples y servide»ros se residan con arreglo á su primi»tiva institucion, y que se prefiera »para ellos á los diocesanos virtuosos »y aprovechados, y á los domiciliados »en los mismos Pueblos.»

24 Pues si los provistos en los beneficios deben residirlos, y cumplir por sus propias personas sus cargas y obligaciones, de donde pende el bien espiritual, y aun el temporal, se expondria á gran riesgo su cumplimiento, si se proveyesen en extrangeros, al paso que los naturales de estos reinos ofrecen mas positiva y ventajosa utilidad pública en su residencia, y en el exacto cumplimiento de las obligaciones que tengan dichos beneficios; y esta es la primera causa que obliga, por via de fuerza y proteccion, á impedir y resistir las provisiones de beneficios que se hagan en extrangeros.

25 En la eleccion y provision de los beneficios se mira como fin principal el aprovechamiento de los cristianos, y de ningunos pueden esperarlo mas seguramente que de los mismos que son de una misma tierra, por la amistad recíproca que se profesan: *ley* 4. *tit*. 27. *Part*. 4. *ibi*: «E amistad han otrosí se»gun natura los que son naturales de »una tierra.» Aun entre los que sirven en una misma iglesia se espera mejor fruto y aprovechamiento, cuando de ellos se eligen los prelados por el conocimiento y amistad que han contraido con los naturales de aquel obispado: *can*. 19. *et* 20. *dist*. 63.: D. Thom. *Secund. secund. q*. 63. *art*. 2. *vers. Ad quartum*, ibi: *Dicendum, quod ille qui de gremio ecclesiæ assumitur, ut in pluribus consuevit, est utilior quantum ad bonum commune, quia magis diligit ecclesiam, in qua est nutritus, et propter hoc mandatur Deuter*. 15. 17. *Non poteris alterius generis hominem facere Regem, qui non sit frater tuus*: D. Leo *in Epist*. 12. *ad Anasthas. Tolonen. Episcop. cap*. 5., ibi: *Cum ergo de summi sacerdotis electione tractabitur, ille omnibus præponatur, quem cleri, plebisque consensus concorditer postularit*:::

*tantum ut nullus invitis, et non petentibus ordinentur: ne civitas episcopum non optatum, aut contemnat, aut oderit, et fiat minus religiosa quam convenit, cui non licuerit habere, quem voluit.*

26 ¿Cómo podrá instruir tan oportunamente en la doctrina santa del Evangelio el que no conoce los genios, las costumbres é inclinaciones de los que la han de recibir? *Can.* 12. *caus.* 8. *q.* 1. *Oportet eum, qui docet, et instruit animas rudes, esse talem, ut pro ingenio discentium semetipsum possit aptare, et verbi ordinem pro audientis capacitate dirigere.*

27 Por la misma causa de amar los extrangeros su propia tierra, viven violentos en la agena, buscan excusas y pretestos para no residir los beneficios, y de aquí nacen en lo espiritual los graves daños que señala la citada *ley* 25., *ibi*: «Ca como estos Estrangeros, avidas »las Dignidades y Beneficios de las Igle»sias de nuestros Reynos, quieren mas »estar en sus tierras que en la agena.»

28 Los naturales tienen derecho adquirido por costumbre, por las constituciones canónicas, y por las leyes reales, á las prelacías y beneficios eclesiásticos de su reino, y los extrangeros estan excluidos de obtenerlos por las mismas causas y disposiciones; y cualquiera provision que se hiciese en ellos seria en perjuicio de tercero, que es otra causa que influye en el escándalo y turbacion pública, y por consecuencia suficiente por sí sola para suspender la ejecucion de las bulas apostólicas. Pruébase esta doctrina en todas sus partes por la citada *ley* 14. *tit.* 3. *lib.* 1. (Ley 1. tit. 14. lib. 1. de la Nov. Recop.), la cual supone que en estos reinos por costumbre antigua, consentida y aprobada por los sumos pontífices, se daban siempre á los naturales de ellos las prelacías, dignidades, y los beneficios eclesiásticos. Y la *ley* 25. *del prop. tit. y lib.* (Ley 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Recop.) resume y repite el derecho concedido y adquirido para que ningun extrangero pueda obtener beneficios ni pensiones en estos reinos, ni aun los naturales de ellos, por derecho habido de los tales extrangeros. Esto es lo que á la letra declára la *ley* 18. *del prop. tit. y lib.*, y se confirma mas de que los extrangeros solicitan que el rey les conceda la naturaleza de estos reinos, y sin esta calidad y habilitacion no pueden obtener beneficios eclesiásticos, viniendo á deducirse que está en las manos de los señores reyes de España impedir el daño que padecian los naturales, no concediendo á los extrangeros la naturaleza que solicitaban. Pero como estas pretensiones se hacian con importunidad y violencia, y se pretestaban servicios y otras causas para inclinar el real ánimo á estas gracias, obligó á poner el remedio, así para las concedidas como para las que en adelante se hubiesen de conceder, mandando fuesen examinadas escrupulosamente por todas las personas, que señalan las leyes, las causas que se motivasen para obtener la naturaleza de estos reinos; y no alcanzando á impedir las concesiones de naturaleza á los extrangeros los estrechos vínculos, que pusieron las *leyes* 14. 15. 16. *y* 17. *del tit* 3. *lib.* 1. (Ley 1. 2. y 3. tit. 14. lib. 1. de la Nov. Recop.), se prohibieron generalmente *en la* 36. (Ley 4. de id.), segun manifiesta su literal disposicion.

29 Hay otros daños públicos que tocan mas en lo temporal del estado, y resultan de proveerse los beneficios en extrangeros, los cuales se refieren muy por menor en la citada *ley* 14., y bastarian por sí solos á impedir la ejecucion de tales bulas.

30 Aunque los naturales de estos reinos tienen dentro de ellos derecho positivo para obtener generalmente todos los beneficios eclesiásticos, con todo ceden al particular y específico que por costumbre antigua y bulas apostólicas han adquirido los hijos patrimoniales de aquellos obispados y pueblos, en quienes se proveen los que allí vacan, debiendo observarse que entre estos y los naturales, que no tienen la calidad de patrimoniales, hay solo una preferencia, y es que si faltasen hijos patrimoniales de las prendas necesarias para obtener sus respectivos beneficios, entrarian en ellos llanamente todos los naturales de estos reinos.

31 La razon y causa de esta pre-

ferencia se debe buscar y considerar en el mayor bien que esperan lograr aquellas iglesias de aquellos, que por ser naturales y oriundos de ellas, tendrán mas permanente residencia, mayor amor, y mas exacto conocimiento de las costumbres, del genio y de otras calidades que influyen mucho en la mejor direccion y gobierno de los que estan al cuidado de los beneficios en materia tan importante y escrupulosa, como es la administracion del pasto espiritual y mayor culto de Dios.

32 Esta fué sin duda la causa que inclinó á los autores mas sabios para desear que fuesen patrimoniales todos los beneficios eclesiásticos de estos reinos: Covarrub. *Practicar. cap.* 35. *n.* 5. ibi: *Unde sanctissimum esset, et reipublicæ consultissimum, quod summus ecclesiæ Pontifex, aut œcumenica Synodus sanciret, ut omnia cujuscumque diœcesis beneficia, saltem curam animarum habentia, patrimonialia efficerentur, atque non reciperentur nisi civis, vel qui inde sunt oriundi. Quod in Concilio Tridentino summo omnium consensu consultatum fuisse, testis est D. Soto lib.* 3. *de Just. et Jur. q.* 6. *art.* 2. *pag.* 258.: Aceved. *en la ley* 14. *tit.* 3. *lib.* 1. *Recop. n.* 9. *y en la* 21. *del prop. tit. y lib.*: Salced. *en su Polit. lib.* 2. *cap.* 19.: Solorz. *de Jur. Indiar. lib.* 3. *cap.* 19. *n.* 5.

33 ¿Qué dirian estos sabios autores en el dia, si viesen que los naturales y oriundos, que obtienen los beneficios patrimoniales, no los residen personalmente; y que los retienen, y gozan sus frutos en otras tierras muy distantes, y con otros empleos y rentas eclesiásticas, haciendo servir y cumplir las cargas del beneficio patrimonial por tenientes, que por bien examinados que sean por los ordinarios, quedan siempre en la clase de mercenarios, y con una corta ayuda de costa que les dan por estos ministerios?

34 Tengo por sin duda que en estas circunstancias no elogiarian tanto la utilidad de los beneficios patrimoniales, ni desearian que fuesen de esta calidad todos los del reino, ni lo tendrian por conveniente á lo general del estado, ni en lo espiritual ni en lo temporal.

35 Porque á la verdad la sociedad no puede ser buena ni permanente si no se guarda una exacta recíproca igualdad. En la participacion de los beneficios patrimoniales tienen un derecho privativo los naturales y oriundos del arzobispado de Burgos, y obispados de Palencia y Calahorra, y de cualesquiera otros pueblos donde hubiese costumbre de ser los beneficios patrimoniales, conforme á la general disposicion de la *ley* 23. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 21. lib. 1. de la Nov. Recop.) y los demas naturales del reino se hallan excluidos de estos beneficios, ó rara vez podrian obtenerlos á falta de aquellos oriundos, quienes logran en lo general en lo restante del reino emplearse indistintamente en todos los demas beneficios y rentas de la Iglesia.

36 El rey no presenta los enunciados beneficios patrimoniales, de lo cual resultan dos daños: uno en su patronato universal y en los derechos y emolumentos, que debia percibir su real erario por razon de medianata, mesada y expedicion de título; y ademas padece tambien la disciplina de la Iglesia por no imponérseles por S. M. la precisa obligacion de residirlos y servirlos por sus propias personas. Seria conveniente examinar estos puntos, por si podia mejorarse la disciplina á lo menos en cuanto á la calidad de residir y servir por sus propias personas dichos beneficios patrimoniales, aunque continuase la desigualdad en lo demas.

37 Por estas consideraciones, y otras que se han tenido presentes en la cámara, he observado en las muchas pretensiones que han hecho diferentes pueblos para que se declarasen ó hiciesen patrimoniales sus beneficios, haberse consultado que no conviene condescender con estas instancias.

## CAPÍTULO VII.

### *De la retencion de las bulas apostólicas.*

1 Las bulas, que traen perjuicio grave de tercero, se retienen con la súplica ordinaria. La materia de este discurso fué en otro tiempo importantísima

por su objeto y por la frecuencia de los casos, y por esto la trataron seriamente muchos autores. El señor Salgado recogió los casos mas principales en el *cap. 7. p. 1. de Supp.*, pero esto viene á ser ahora casi de ningun fruto, porque la provision de beneficios era el asunto que daba mas frecuentes ocasiones á su santidad para ejercitar sus altas facultades, de que resultaban graves perjuicios á otros interesados; y como el concordato ajustado con la santa sede el año 1753, que forma la *ley 11. tit. 6. lib. 1. de la Recop.* (Leyes 1. tit. 18., 2. tit. 19., 2. tit. 20., 4. tit. 23. y 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Recop.) allanó todos los puntos en la materia beneficial, se cortó de una vez la raiz de los muchos perjuicios que por diferentes medios padecia la España.

2 En lo correspondiente á los juicios contenciosos se ofrecian tambien repetidas ocasiones, en que los breves expedidos por su santidad perjudicaban á los derechos de las partes, y esta materia quedó igualmente allanada con la ereccion del tribunal de la rota española, de cuyo establecimiento y de sus favorables efectos trataré en otro lugar.

3 Por si ocurriese algun caso, en que se deba tratar de suspender y retener las bulas que traigan grave perjuicio de tercero, se expondrán los principios mas sólidos que justifican este recurso.

4 Si las bulas se expidieren con prévio exámen y conocimiento legítimo entre las partes, no tiene lugar la reclamacion con pretesto de perjuicios: porque la declaracion ó sentencia de su santidad impone perpétuo silencio á otro nuevo exámen, y acredita la justicia de sus mandamientos.

5 Cuando se expiden los breves ó bulas *motu proprio* ó á instancia de parte, pero sin citacion ni audiencia de la que reclama el agravio en el despojo de sus bienes y derechos, no tendria tampoco lugar el recurso, si se considerase solamente el daño privado de quien lo reclama, pudiendo establecerse en esta materia por regla segura que el perjuicio de tercero en ningun caso es suficiente por sí solo para retener las bulas apostólicas.

6 La *ley 6. tit. 5. lib. 1. de la Recop.* (Ley 7. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) prueba con evidencia la proposicion antecedente, pues se dirige su disposicion á defender y reparar en uso de la real autoridad el daño público, que con la turbacion y escándalo causarian los eclesiásticos que intentasen exigir diezmos de algunos frutos, de que no se hubiese pagado en algunas villas y lugares. Tan religiosamente ha observado el Consejo no admitir recurso de nuevos diezmos, cuando introduce la queja algun particular, que estaba en posesion de no haberlos pagado, aunque la fundase en larguísimo tiempo, que se tuvo por necesario que el particular que tomase el nombre y representacion de la comunidad, presentase poder de ella antes de espedirse la provision ordinaria; y fué preciso hacer una declaracion de que si el recurso se introducia por algun vecino por sí y á nombre de los demas de la comunidad, se admitiese como accion popular, como lo noté con mas extension en el capítulo primero de esta segunda parte, sin que de modo alguno pudiera introducirse por alguna persona particular, aunque lo fundase en el perjuicio que le causaban los eclesiásticos, intentando exigirle diezmos que no habia pagado: porque á lo mas seria un título de prescripcion, del cual debia usar por la via ordinaria de justicia en el tribunal eclesiástico.

7 Los autores convienen en el mismo principio de que el perjuicio de tercero no es suficiente para excitar la real autoridad á su defensa y proteccion; y para evitar el error y equivocacion en que se pudiera caer, de que solo el perjuicio de tercero daba justa causa para reclamar y suspender la ejecucion de las bulas apostólicas, tuvieron por conveniente explicar las doctrinas generales que expusieron como preliminar á su discurso, reduciéndolas al caso en que al perjuicio de tercero se uniese el daño público, y viniendo á convenir todos en que el particular és causa remota, y el público la próxima que justifica el recurso al príncipe.

8 Salgado *en el citado cap. 7. parte 1. de Supplicat. n.* 62. hace la siguiente explicacion: *Hanc tamen DD. assertionem hactenus relatam, qua diximus præjudicium juris tertii causam esse legitimam, ut senatus regius queat licite litteras apostolicas retinere, ut intelligas velim procedere dumtaxat eo in casu, quando ex earum executione violentia inducatur, non alias, quoniam ubi cessat violentia, Princeps, et senatus auctoritatem suam nequit interponere, nec vult, attamen, ea interveniente, licitè posse probatur abundè in capitibus antecedentibus, et in tractatu de regia protect. cap.* 1. *per tot..... Ita tamen ut non procedat hæc litterarum retentio ex quolibet levi remoto, aut incidente tertii præjudicio, prout seperius n.* 41., *sed tantum quando ex earum executione contra privatum intentata inferatur, atque consecutive inducatur damnum aliquod publicum, cederetve in detrimentum reipublicæ ecclesiasticæ, aut temporalis, quod tunc procedet, et verificabitur in præjudicio juris tertii lædente jus naturale, prout superius, quoniam illud omne quod in legem naturalem, aut divinam committitur violentia est, juxta quæ abundè comprobavimus.*

9 En este resúmen, y en el que hacen igualmente los demas autores, se manifiesta por una parte que el daño público es necesario para el recurso de retencion: por otra se asegura que se halla este perjuicio público siempre que se ofende el derecho natural, lo cual se verifica quitando sin justa causa el que pertenece á un particular; y últimamente vienen á convenir todos en que el daño público consiste, no en el que sufre el interesado, sino en la turbacion y escándalo general que conciben los demas ciudadanos viendo destrozadas las leyes mas sagradas, que recomiendan la permanencia y guarda de los derechos, que gozan pacíficamente los ciudadanos por un principio fundamental de toda sociedad bien gobernada, como decia Ciceron, *lib.* 1. *de Officiis n.* 7., y en el *lib.* 3. *n.* 5.

10 Las mismas razones que obligan á detener la ejecucion de las bulas, que ofenden el derecho de los particulares, por la turbacion y escándalo que resulta al público, cuando se les quita sin justa causa, convencen que habiéndola, debe cesar el escándalo y la turbacion, sin que pueda tener lugar en este caso el recurso de fuerza al tribunal real.

11 Los referidos autores convienen en la limitacion de la regla indicada, de que los papas y reyes pueden tomar y quitar los bienes y derechos que gozan los particulares, cuando son necesarios para atender á la causa pública: porque el interes del estado es ley suprema, á que cede voluntariamente el de los particulares. Esto es lo que prueba el mismo señor Salgado en las leyes y autoridades que refiere al principio de su citado *cap.* 2. *part.* 1. *de Supplicat.* con otros muchos autores.

12 La duda y la cuestion consiste en dos puntos: el primero en el modo de probar y hacer constar la utilidad pública á que se destinan por el papa ó por el rey los bienes y derechos de los particulares: el segundo estriba en si debiendo darles buen cambio ó recompensa, corresponderá á los tribunales reales hacerla cumplir, ya sea por el medio de suspender y retener entretanto las bulas ó rescriptos, ó por otro equivalente.

13 En cuanto al primer punto se puede asegurar que el papa y el príncipe prueban cumplidamente la utilidad y necesidad pública de la Iglesia y del estado con solo su testimónio, sin estar pendiente de formar proceso para citar y oir á los interesados particulares, de manera que expresando en la bula ó rescripto la causa pública que los estimula á trasladar en otras personas parte de los derechos y bienes que pertenecen á las iglesias y á sus ministros, no es lícito dudar de la verdad que asegura.

14 Pruébase cumplidamente esta proposicion de la *Clement. unic. de Probationib.*, ibi: *Vel alia similia super quibus gratia, vel intentio nostra fundatur, fecisse narramus, censemus super sic narratis fidem plenariam adhibendam*: *ley* 1. *tit.* 7. *Part.* 3. *ibi*: «Pero »el emplazamiento que el Rey, ó los »Judgadores de su Corte, ficieren por

»su palabra, mandamos que sea creido »sin otra prueva:» *ley* 32. *tit.* 16. *Partida* 3., *ibi*: «Pero si Emperador, ó Rey, »diese testimonio sobre alguna cosa, »decimos que abonda para provar todo »pleyto. Ca deve ome asmar, que aquel »que es puesto para mantener la tierra »en justicia, é en derecho, que non di»ria en su testimonio sin non verdad, »nin querria en tal razon ayudar al »uno, por estorvar al otro:» Add. *ad Molin. de Primogen. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 33., y en el *lib.* 4. *cap.* 3. *al n.* 17., ibi: *Et in hoc, an sit justa, vel injusta causa, statur Principis declarationi*: Crespi *Observat.* 1. §. 3. *n.* 56., con otros muchos autores que refieren en los lugares citados.

15 El papa puede eximir de la paga de diezmos por gracia ó privilegio á algunas comunidades ó personas particulares, sin embargo de que esto traiga perjuicio al derecho adquirido por las iglesias y sus ministros á todos los diezmos que se causen en sus respectivas demarcaciones. Esta es la opinion del señor Covarrubias, fundado en los capítulos canónicos que refiere al *n.* 9. *lib.* 1. *Variar. cap.* 17., y en la *ley* 23. *tit.* 20. *Part.* 1. *ibi*: «Soltar puede el »Apostólico por su privillejo á los legos, »si les quisiere facer gracia, que non »den diezmo de sus heredades.».

16 Esta misma ley autoriza al sumo pontífice para que pueda conceder á los legos el derecho de percibir diezmos, cuando concurre causa de utilidad y necesidad pública, *ibi*: «E aun puede »les otorgar, demas desto, que tomen »diezmo de algunas Eglesias por tiempo »señalado, ó por siempre, segund lo »tuvo por bien.»

17 Hasta los mismos obispos usaron de este poder, concediendo el derecho de percibir diezmos á personas seglares, atendida la utilidad y necesidad pública de la Iglesia, que esperaban remediar con el auxilio y defensa de aquellos seculares poderosos; y todas las donaciones que hicieron de esta especie, y por este importante fin, se mandaron guardar inviolablemente en el concilio general Lateranense III, año de 1179; y aunque desde este tiempo quedó restringida la autoridad de los obispos, continuó con entera libertad la del papa, para hacer por iguales causas de utilidad y necesidad pública gracias y donaciones de diezmos á personas seculares, sin necesidad de oir á los que por título de su ministerio y servicio los percibian anteriormente.

18 En los señores reyes milita la misma razon que les hace privativo el conocimiento de la necesidad y utilidad pública de su estado; y cuando expresan tenerla, no se debe traer á nuevo exámen este hecho, ni la resolucion que sobre este fundamento hayan tomado, aunque sea con daño de algun particular.

19 Esta es una proposicion, que sobre estar bien calificada con los principios y autoridades referidas, se halla confirmada con ejecutorias reales, como sucedió en el grave y contencioso pleito del estado de Velasco. La cuestion ó duda procedia en términos muy sencillos; es á saber, que por las primitivas fundaciones constaba estar llamados á la sucesion de los mayorazgos, que formaban aquel ilustre estado los descendientes y transversales de los respectivos fundadores en forma regular, á semejanza de la sucesion del reino; y habiéndose variado el órden de suceder, se hicieron los mayorazgos de agnacion rigurosa. Los que tenian sus llamamientos regulares por las primitivas fundaciones impugnaban la alteracion, motivando no haber tenido potestad el rey para perjudicarles, quitándoles el derecho tan considerable que tenian radicado en sus líneas; pero en medio de que fundaban su intencion doctrinas sólidas, se declaró á favor de la agnacion, habiendo expresado el rey que hacia esta alteracion, por interesarse en ella el estado y la causa pública, sin que pudiera dudarse de esta verdad á vista del testimonio del príncipe, y así no se estimó necesaria la citacion y audiencia precedente para calificarla.

20 Por cualquiera medio que hallen los tribunales reales haber expedido su santidad el rescripto con justa causa pública, aunque padezca la particular en sus derechos, deja expedita su ejecucion; porque el daño viene á

ser entonces privado, y puede solicitarse ante el juez ejecutor su enmienda por la compensacion ó buen cambio que se deba dar, precedido exámen y liquidacion de su valor, sin que este perjuicio particular sea suficiente para excitar la mano real á su defensa por el recurso de fuerza ó proteccion.

21 Si en este capítulo se ha ceñido y reducido tanto el uso de la suprema autoridad real en la retencion de las bulas apostólicas, por haber faltado los dos principales motivos con que antes se expedian sobre provisiones de beneficios eclesiásticos, y sobre las causas contenciosas que pasaban á Roma, y sobre las que por comision se decidian en España; aun parecerá mucho mas raro el caso en que pueda tener lugar el recurso de retencion, por las saludables y oportunas providencias con que se ha ocurrido á todos los perjuicios públicos, sin necesidad de llegar al extremo de conocer de ellos por recursos contenciosos, en que se causaban mayores gastos y dilaciones, como se explicará en el capítulo próximo.

## CAPÍTULO VIII.

*De los tribunales que pueden y deben conocer de las bulas apostólicas, y suspender ó enmendar el daño público que consideren en su ejecucion* [19].

1 La *ley* 21. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 21. lib. 1. de la Nov. Recop.) refiere los daños que causaban á estos reinos las bulas y letras apostólicas que se expedian para que se confiriesen beneficios en los obispados de Burgos, Palencia y Calahorra, á los que no eran hijos patrimoniales de ellos en perjuicio de la antiquísima costumbre, y de otros privilegios apostólicos obtenidos por los reyes predecesores á favor de los naturales de dichos obispados. Y deseando precaver estos males con anticipada y saludable providencia, dice: «Si contra ellas, y »contra lo aquí contenido, algunas Bu»las, ó Letras Apostólicas vinieren, ó se »impetraren, mandamos que se supli»que dellas para ante nuestro muy San»to Padre, y que se remitan ante los »del nuestro Consejo, para que vistas »por ellos, si fueren tales que se de»van obedecer, se obedezcan, y cum»plan, y sino se suplique dellas ante »su santidad.» Prohibe ademas la dicha ley con graves penas que los que han obtenido las enunciadas bulas, no sean «osados ellos, ni otros por ellos »de las intimar, ni usar dellas, ni to»men, ni aprendan posesion de dichos »Beneficios patrimoniales, ni de algu»no dellos, ni de citar, ni molestar so»bre ello en nuestros Reynos, ni fuera »dellos á los hijos patrimoniales de las »dichas Iglesias, que conforme á la di»cha costumbre antigua han sido, ó »fueren proveidos de los Beneficios pa»trimoniales, fasta que, como dicho es, »las dichas Bulas, y Letras Apostólicas »sean vistas por los del nuestro Con»sejo, y se les dé licencia para que »usen dellas.»

2 Por esta ley se manifiesta ser necesario el plácito regio para usar y ejecutar las bulas apostólicas, observándose al mismo tiempo que por la gravedad de estos negocios se confió su exámen y conocimiento al Consejo.

3 La *ley* 25. *del prop. tit. y lib.* (Ley 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov Rec.) refiere otros muchos casos en que sentiria el reino y sus naturales graves daños en la ejecucion de las bulas apostólicas; y con el mismo fin indicado de impedirlos manda á los «Perlados, »Deanes, y Cabildos, y Abades, y »Priores, y Arciprestes, y á sus Visi»tadores, Provisores, y Vicarios, y á »otros qualesquier oficiales, y personas »legas, que quando alguna Provision, »ó Letras vinieren de Roma en deroga»cion de los casos susodichos, ó de »qualquier dellos, ó entredichos, ó »cesacion *à divinis*, en execucion de »las tales Provisiones, que sobresean »en el cumplimiento dellas, y no las »executen, ni permitan, ni den lugar »que sean cumplidas, ni executadas, »y las embien ante nos, ó ante los del »nuestro Consejo, para que se vea, y »provea la órden, que convenga que en »ello se ha de tener.»

4 La siguiente *ley* 26. (Ley 4. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Recop.) prohibe las coadjutorías que se traen de padre á hijo en las iglesias de estos reinos, y manda y encarga «á los Perla»dos y Cabildos, y personas Eclesiás»ticas, que si algunas Bulas cerca des»to vinieren, y les fueren notificadas, »supliquen dellas, y las embien ante »los del nuestro Consejo, para que las »vean, y provean cerca dello lo que »convenga.»

5 La *ley* 28. (Ley 3. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Recop.) hace el mas estrecho encargo á los prelados, cabildos, y personas eclesiásticas, que si algunas bulas cerca desto vinieren, y les fueren notificadas para consumir en las iglesias catedrales y colegiales de estos reinos alguna canongía ó racion, «su»pliquen dellas, y las embien ante los »del nuestro Consejo, para que por »ellos vistas provean cerca dello lo que »convenga.» Ademas se encarga en las leyes referidas á las justicias reales que velen mucho en su cumplimiento, y avisen al Consejo de cualquiera contravencion.

6 Del uso de la suprema autoridad real en precaver los daños públicos, que podrian causar las bulas apostólicas, y de los fundamentos sólidos que justifican los medios indicados de que se presenten al Consejo antes de su ejecucion, trataron nuestros autores, conviniendo en ser este un punto generalmente admitido y observado en otros reinos católicos. Así lo asegura y expone el señor Covarrubias *en el capit.* 35. *de sus Prácticas desde el n.* 4.: Salgado *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 2., y en otros diferentes lugares. Van-Spen en su famoso tratado *de Placito regio*, refiere al señor Covarrubias, á Salgado y á Ceballos, en confirmacion del uso que habia tenido, y de que se observaba en España la presentacion de las bulas al Consejo antes de su ejecucion, con el fin de precaver el daño público que podrian traer al estado.

7 No podria desearse otra defensa mas natural y oportuna, si los decretos y leyes referidas se cumpliesen con exactitud. El mismo señor Covarrubias ya sintió en su tiempo, sin embargo de ser tan próximo á las citadas leyes, alguna quiebra en su observancia, como lo dió á entender bien claramente en el referido *cap.* 35. *num.* 3. *in fine*, ibi: *Sed et ex multis aliis causis in his Hispaniarum regnis itur ad supremos Regis consiliarios, et ad ejusdem Regis Auditoria pro ecclesiasticorum negotiorum expeditione, quæ maximam affert reipublicæ utilitatem, si quæ diu obtinuerunt, et quæ nuper ab invictissimo Carolo, ejusque catholicis simul, et prudentissimis consiliariis his de rebus decreta fuere, ad unguem servata fuerint.*

8 No podia menos de experimentarse á poco tiempo la inobservancia de lo mandado en las leyes referidas, acerca de que se remitiesen al Consejo antes de su ejecucion las bulas apostólicas, que en cualquiera caso de los expresados en las mismas leyes perjudicasen al estado, porque estaban dentro de las mismas leyes las causas de su inobservancia.

9 La principal causa de esto consiste en que no se mandó que se presentasen en el Consejo todas las bulas que se obtuviesen de su santidad, sino únicamente aquellas que en el concepto de los prelados, decanos y demas personas eclesiásticas pareciesen perjudiciales á la causa pública en alguno de los casos referidos, dejando pendiente de su arbitrio el conocimiento del daño público, que era el fundamento y condicion que los obligaba á suspender la ejecucion de las bulas, y remitirlas al Consejo; y debia desconfiarse desde luego que los mismos eclesiásticos por su mucha adhesion á la santa sede no mirarian esto con aquella libertad é indiferencia necesarias para conocer el daño público, siendo preocupacion muy comun en lo general del reino, y mas principalmente entre aquellos, que se disminuye la suprema autoridad de la santa sede, si suspenden un momento la ejecucion de sus mandamientos, y mucho mas si los remiten al exámen del Consejo.

10 Otras veces vienen cometidos los rescriptos á personas poco instruidas en los derechos públicos; y uniéndose á esta ignorancia la importunidad

de las partes que solicitan su ejecucion, valiéndose las mas veces de medios fraudulentos, precipitan al ejecutor á que con celeridad y sin el debido exámen mande cumplirlos y ejecutarlos; y esta es la segunda causa que contienen las enunciadas leyes para temer su inobservancia, como lo notó el señor Salgado *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 5., ibi: *Quippe executores earum velut fulgur ad executionem, et inde ad ruinam populi festinanter currunt.*

11 La citada *ley* 25. *tit.* 3. *lib.* 1. (Ley 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Rec.) manifiesta en su preliminar ó supuesto ser la intencion y voluntad del rey, como siempre ha sido y seria, «que los »mandamientos de su Santidad, y Santa »Sede Apostólica, y sus Ministros sean »obedecidos, y cumplidos con toda la »reverencia y acatamiento debido.» Esta es su primera parte.

12 Encarga y manda dicha ley en la segunda parte «á los Arzobispos, y »Obispos, y á todos los Cabildos, y »Abades, y Priores, y Arciprestes de »estos Reynos, y á sus Jueces, y Ofi»ciales que así lo hagan; y que todas »las Letras Apostólicas que vinieren de »Roma, en lo que fueren justas, y ra»zonables, y se pudieren buenamente »tolerar, las obedezcan, y hagan obe»decer, y cumplir en todo, y por todo, »sin poner en ello impedimento, ni di»lacion alguna, porque nos terniamos »por deservidos de lo contrario, y man»darémos proceder con todo rigor con»tra los inobedientes »

13 Este encargo relativo al cumplimiento de las letras, que buenamente se puedan tolerar, pone su discernimiento al arbitrio de los eclesiásticos; y aunque esto solo seria suficiente para declinar su dictámen á favor de la santa sede, los excitaria mas al propio fin el temor de no caer en la pena de inobedientes, con que son conminados, si impiden ó dilatan el cumplimiento de las letras apostólicas que se puedan tolerar sin daño público.

14 La enunciada *ley* 25. (Ley 1. citada) expresa solamente seis casos en que se debe temer la turbacion, escándalo y daño público, y en estos hace necesaria la suspension y remision de las bulas al Consejo. De aquí tomarian los ejecutores eclesiásticos algun pretesto ó excusa menos reprensible, para condescender á las bulas ó letras apostólicas que no hablasen determinadamente de los seis casos referidos; y cualquiera ejemplar de estos daria ocasion á introducir otros, aflojando en la exacta observancia aun de los mismos que señala la ley.

15 Es cierto que la suprema autoridad de los reyes no se limita á defender á sus reinos y vasallos del daño público que les amenace por alguno de los seis casos expresados: porque la razon que excita su oficio á la proteccion y defensa es trascendental á cualquiera otra causa, de que procedan, ó se teman perjuicios graves; pero como su exámen y discernimiento no es dado á todas las personas, y aun algunas bien instruidas por su oficio y profesion quisieron poner límites á la autoridad real con los seis casos indicados, fué conveniente para borrar esta preocupacion, examinar de intento este artículo, como lo hizo el señor Salgado *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 8. ¿Qué extraño pues seria que hasta entonces, y aun despues, los que no quisieran ceder á la opinion de este grave autor y de otros, continuasen en la débil condescendencia de obedecer y mandar cumplir ciegamente las letras apostólicas?

16 ¿Cuántos abusos se introducen con ligeras causas y pretestos, y van tomando con el tiempo un semblante de costumbre que los autoriza mas, siendo lo peor de todo que muchas veces caen los tribunales y jueces en tan lamentable error?

17 Así sucedió con efecto en cuanto á remitir al Consejo las bulas que ofendian la causa pública del estado. En muchos años que estuve observando la práctica de los negocios que venian al Consejo, y se trataban en él, no ví siquiera uno correspondiente á la presentacion y remision de las letras apostólicas antes de su ejecucion, ó que la intentasen hacer las partes que las obtenian. Estas no tenian obligacion de presentarlas, porque no se la imponen las leyes citadas, y las presentaban derechamente al juez

ejecutor, quien las daba inmediatamente entero cumplimiento, por las causas y motivos que ya se han referido.

18 Solo en los casos que las partes, perjudicadas con la ejecucion de las bulas apostólicas, tenian noticia de ellas, ya fuese antes de la ejecucion ó despues, recurrian al Consejo, solicitando se remitiesen á él, y que se retuviesen, y se suplicase de ellas en la forma ordinaria.

19 Este remedio no precavia oportunamente el daño, y traia otros muy graves al estado, que se expresarán mas adelante, y con presencia de todos ellos se excitó el religioso celo y justificacion de S. M. á evitarlos por el medio anticipado y oportuno de que se presentasen á S. M. y al Consejo todas las bulas y letras apostólicas, que viniesen de Roma, antes de darlas curso en su ejecucion; á cuyo importante fin mandó expedir y publicar su real pragmática de 18 de Enero de 1762, que contiene dos capítulos esenciales. En el primer capítulo se manda que de ahora en adelante todo breve, bula, rescripto ó carta pontificia dirigida á cualquiera tribunal, junta ó magistrado, ó á los arzobispos ú obispos en general, ó á alguno ó algunos en particular, trate la materia que tratase sin excepcion, como toque á establecer ley, regla ú observancia general, y aunque sea una pura comun amonestacion, no se haya de publicar y obedecer, sin que conste haberla visto y examinado su real persona, y sin que el nuncio apostólico, si viniese por su mano, la haya pasado á las de S. M. por la via reservada de estado, como corresponde.

20 En el segundo capítulo se dispone y manda que todos los breves ó bulas de negocios entre partes ó personas, sean de gracia ó de justicia, se presenten al Consejo por primer paso en España; y que examine éste, antes de volverlas para su efecto, si de él puede resultar lesion del concordato, daño á la regalía, buenos usos, legítimas costumbres, quietud del reino, ó perjuicio de tercero, añadiendo esta precaucion á la de los recursos de fuerza ó retencion de estilo, aunque deberán ser muchos menos, y exceptuando solamente de esta presentacion general los breves y dispensaciones, que para el fuero interior de la conciencia se expiden por la sacra penitenciaria en aquellos casos, á que no bastan las facultades apostólicas, que tiene para dispensar semejantes puntos el comisario general de cruzada; pues para los que las tiene, se ha de recurrir á él.

21 Esta real pragmática en la nueva regla, que establece para la prévia presentacion de las bulas y breves, confirma el ningun uso que tuvieron las leyes antiguas en la remision de las que perjudicaban á la causa pública, y los daños que de aquí nacian, sin que hubiese otro medio de enmendarlos que los recursos de fuerza ó retencion de estilo.

22 Ya fuese por la novedad que introducia esta pragmática en cuanto á la anticipada presentacion de las bulas, ó por la generalidad con que las sujetaba todas á este paso á excepcion de las de la sacra penitenciaria, y acaso tambien por los muchos gastos que hacian las partes no tanto por los moderados derechos de las escribanías de gobierno y de los procuradores, cuanto por los que cargaban los agentes con pretesto de su solicitud, sufrió en su observancia grandes contradicciones, que movieron el real ánimo á que por decreto de 5 de Julio de 1763, mandase S. M. sobreseer en su cumplimiento, y que se recogiese, y vinieron á quedar las cosas en el estado antiguo que refieren las leyes, continuando los recursos de retencion, los cuales llegaron á ser tan frecuentes que ocupaban en gran parte el cuidado del Consejo, y entorpecian el despacho de otros importantes negocios de gobierno y de justicia; y esta experiencia y consideracion hizo proveer de oportuno remedio, mandando en la *ley* 21. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* que para los del Consejo esten libres para entender en la justicia y gobernacion de estos reinos, remitan luego á las audiencias los pleitos y negocios que señala, siendo entre ellos los que pendian sobre beneficios patrimoniales y eclesiásticos, y los que viniesen á él de allí adelante, que son

los mismos negocios de que hablan las referidas leyes del *tit.* 3. *lib.* 1.

23 En la *ley* 34. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 26. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.) se hace memoria de lo establecido en la citada *ley* 21. *tit.* 4. *del propio lib.* 2., en cuanto á «que todos los pleitos pa»trimoniales, y otros Eclesiásticos so»bre Beneficios, se tratasen, y conocie»sen de ellos las Audiencias;» y deseando que estos negocios se viesen y determinasen con preferencia, sin guardar la antigüedad, ni las demas cosas contenidas en las ordenanzas, refiere mas por menor «los procesos de pley»tos Eclesiásticos, y de Beneficios pa»trimoniales, y de Patronazgo Real, y »de Legos, y los que tuvieren Estran»geros, ó Naturales por derecho de »Estrangero, y los de Calongías Magis»trales, ó Doctorales que vinieren á las »Audiencias;» no pudiendo dudarse por el literal contesto de estas leyes que el primitivo conocimiento de los enunciados negocios y pleitos, que procedian de la retencion y suplicacion de las bulas apostólicas, se confió al Consejo, y que se trasladó posteriormente á las audiencias por la causa indicada en la *ley* 21. *tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 2. tit. 6. lib. 4. de la Nov. Recop.)

24 La remision de estos negocios á las audiencias no inhibió al Consejo del conocimiento de los que viniesen á él, y tuviere por conveniente retener, y determinar con mayor brevedad, menos dispendio de las partes, y en mas seguro beneficio del estado, usando de aquellas amplísimas facultades que siempre ha merecido á los señores reyes, y se comprenden para casos semejantes en la *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 1. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.) con otras ampliaciones, que se expusieron y fundaron para este intento en la parte primera, capítulo séptimo, siendo tan constante en el Consejo esta práctica, que yo he asistido muchas veces á los pleitos que pendian en él sobre retencion de bulas apostólicas.

25 Por la *ley* 37. *del tit.* 3. *lib.* 1. (Ley 9. tit. 3. lib. 2. de la Nov. Recop.) se mandó restablecer el uso de la enunciada pragmática de 18 de Enero de 1762, con algunas moderadas excepciones y explicaciones que contiene, cuya observancia y cumplimiento ha sido constante desde el año de 1768 de su publicacion, y se han precavido desde entonces en lo general los recursos de retencion de bulas y letras apostólicas, que traian grandes gastos y otros daños al estado; pero aun quedaron otros, que no eran menores, y llamaron la soberana atencion de S. M. á repararlos enteramente por los medios justos, saludables, equitativos y decorosos, que expresó y señaló en su real resolucion comunicada al Consejo por el señor conde de Floridablanca, primer secretario de estado, en 18 de Agosto de 1778, de la cual se formó la carta circular dirigida á los prelados del reino, su fecha 11 de Setiembre siguiente, sobre el modo con que deberian impetrarse en lo sucesivo las bulas y rescriptos de Roma.

26 En la enunciada real resolucion se expresan aquellos abusos mas conocidos y perjudiciales, que con frecuencia se experimentaban en la solicitud arbitraria de las dispensaciones, indultos, ó gracias que se expedian por la curia romana, y consistian en que las preces no se puntualizaban en sus hechos y circunstancias; y despues de obtenidas las bulas con este vicioso defecto, quedaban ilusorias en gran daño de los mismos que las habian obtenido, no solo por los gastos causados sino tambien por las dilaciones en solicitar otras. Los medios de que á este fin se valian, eran las mas veces desconocidos para los impetrantes, quienes ignoraban al mismo tiempo el legítimo coste que debian tener, y se veian obligados á pagar el excesivo que les proponian los agentes ó solicitadores, llegando á tanto la codicia y maldad de algunos de estos que fabricaban falsamente las bulas ó rescriptos apostólicos, y corrian impunemente en su ejecucion: porque no era fácil que se conociese este vicio, cuando se presentaban para obtener el pase, por hacerse á un mismo tiempo de diferentes, estar bien disimulada la ficcion, y por otro concurso de causas, que no permitian al Consejo la reflexion mas detenida de semejantes calidades extrín-

secas, que requieren un cotejo y comprobacion exacta por peritos, faltando ademas en el conocimiento instructivo de estos expedientes parte contraria que se interesase particularmente en su contradiccion. De todos los enunciados perjuicios asegura S. M. que tenia recientes noticias; y aunque sobra este autorizado testimonio para calificar su verdad, puedo añadir en su confirmacion haber visto y presenciado en el mismo Consejo muchos expedientes, en que se descubrieron las suplantaciones y falsedades de las bulas, y de las certificaciones del pase, que se figuró haber dado el Consejo, llegando á su ejecucion en puntos gravísimos que traian gran daño al estado y á las conciencias de los mismos que las habian obtenido, los cuales tambien sufrieron los procedimientos de la justicia, hasta apurar si habian concurrido á la suplantacion y falsedad; y cuando resultase no haber tenido parte en ella, sentian el perjuicio de los gastos que habian pagado por las bulas, y se veian en la precision de hacer otros de nuevo, si el asunto permitia la dispensacion ó gracia solicitada.

27 Para ocurrir desde luego á estos abusos y prácticas conocidamente perjudiciales, resolvió S. M. (entretanto que se establecia con mayor conocimiento el método constante y exacto que debia observarse) que se suspendiese el acudir á Roma derechamente y por los medios usados hasta entonces en solicitud de dispensas, indultos y otras gracias, y que si alguno se hallase en urgente necesidad de solicitarlas, acudiese con las preces al ordinario eclesiástico de su diócesis, ó á la persona ó personas que éste diputase, y fuesen de su entera satisfaccion y conocida inteligencia, para que el mismo ordinario las remitiese con su informe á S. M. en derechura por la primera secretaría de estado ó del despacho, ó por medio del Consejo y cámara, dirigiéndolas á los señores fiscales del Consejo ó á los señores secretarios de la cámara segun sus clases.

28 Nada hay que reflexionar para conocer que la enunciada real resolucion cortó de raiz los males que se padecian, aun despues de la pragmática del año de 1768, excusando al mismo tiempo los recursos de retencion y suplicacion: porque si por el exámen del ordinario eclesiástico y por su informe, ó por el que hace el señor fiscal, así en el Consejo como en la cámara, resulta algun inconveniente de la expedicion de las gracias que se solicitan, y lo estiman así estos supremos tribunales, no se concede licencia para solicitar las gracias que puedan traer algun daño público, y cuando no se descubra con estos anticipados conocimientos, se les permite que hagan sus pretensiones por las vias y conductos autorizados, que ya estan señalados por S. M., y salen desde este punto aseguradas del pase que necesitan, y han de solicitar despues con las presentaciones de las mismas gracias.

29 El coste de estas diligencias es igual para todos, concurriendo las mismas calidades y circunstancias, y es moderado con reduccion y baja de lo que antes costaban, como resulta de las instrucciones y noticias remitidas por el señor Don Nicolas de Azara, ministro de S. M. en la córte de Roma, que pasó al Consejo el mismo señor conde de Floridablanca. Y aunque algunos obispos indicaron en sus informes que las dispensaciones ó gracias, que se habian obtenido por medio del expedicionero en esta córte, excedian en su coste á las que antiguamente venian por los agentes y solicitadores de que se valian las partes, los mas de ellos aseguraron en sus respectivos informes la utilidad y ventajas que se experimentaban por el nuevo método establecido. En medio de que este casi uniforme dictámen favorecia y justificaba el nuevo establecimiento, deseando sin embargo S. M. asegurarse de los casos, hechos y circunstancias, en que fundaban el exceso de gastos atribuido á las expediciones posteriores, se sirvió mandar por real resolucion, publicada en 5 de Marzo de 1781, que el Consejo le informase separadamente de los casos, en que algunos obispos se habian quejado del coste actual de las dispensas, haciéndolos especificar con justificacion, para darle

cuenta en cada una de la causa y del atestado con que se habian obtenido, y citar otra igual antigua con que se comparase, á fin de verificar el menor valor y la verdad ó falsedad del atestado con que se solian antes expedir por la curia romana; pero no ha llegado hasta ahora un solo caso en que se haya justificado por los medios indicados por S. M. el exceso de gastos de las nuevas expediciones, antes bien continúan con general aceptacion, resultando por la série de las providencias que se han ido tomando, que la materia de retencion de bulas apostólicas está precavida en lo general por lo correspondiente al ramo de dispensaciones y gracias.

30 En las dispensaciones correspondientes á justicia se experimentaban tambien graves daños públicos, que obligaban á su remedio en los casos particulares con perjuicio de la administracion de justicia y de los interesados, el cual por su frecuencia trascendia tambien al público, pero el zelo del Consejo fué tomando los medios mas oportunos para atajar estos abusos, que se han detenido enteramente con la ereccion del tribunal de la rota de la nunciatura española, habiendo recibido toda su perfeccion esta materia sin temor de los daños públicos, que antes padecia el estado, dejando por consecuencia ineficaz y sin ejercicio el recurso de retencion en el ramo importante de la administracion de justicia, como se demostrará en el capítulo próximo.

## CAPÍTULO IX.

*Los que impiden á los jueces ordinarios eclesiásticos conocer en primera instancia de las causas, que pertenecen á su fuero, hacen notoria fuerza en conocer y proceder, y corresponden estos recursos privativamente al Consejo* [20].

1 Entre las disposiciones del santo concilio de Trento ninguna ha merecido tan particular atencion como la del *cap.* 20. *ses.* 24. *de Reformat.* El señor Salgado la examinó con detenida y prolija discusion en diferentes partes de sus obras, en la de *Reg. part.* 2. *capit.* 17., en la de *Supplicat. part.* 2. *cap.* 1. 2. 3. *y siguientes*, refiriendo en todos estos lugares copioso número de autores, que examinaron de intento la materia del citado capítulo.

2 A mí me parece que la citada disposicion del concilio es clara, sencilla y positiva, y que no es susceptible de dudas intrincadas, que solo pueden servir de hacerla oscura y confusa, pues se funda en la parte que atribuye al juez ordinario eclesiástico el conocimiento de todas las causas, que pertenecen á su fuero, en unas máximas públicas comunes á todas las gentes y á todos los derechos, que persuaden y convencen la importante utilidad de que los pleitos, si no es posible excusarlos, se sustancien y determinen con brevedad, á menos costa y trabajo de las partes.

3 Por este respecto de interes público se manda por regla general que el actor siga el fuero del reo en todas sus instancias: que el lugar de la administracion sea preferente para dar, examinar y aprobar las cuentas del administrador: que tambien lo sea el lugar del delito: que la ejecucion de las sentencias, aunque sean confirmadas por los superiores, se haga por el juez de primera instancia: que las apelaciones vayan por su órden de grado en grado á los superiores: que cuando se hayan de cometer á jueces *extra curiam*, sea á los sinodales del propio obispado ó á los de la provincia; y que cuando estos tengan algun inconveniente para conocer de las causas, se cometan á los mas inmediatos del obispado de los litigantes, á la menor distancia posible, sin que pueda exceder de una dieta: que se concluyan las causas con solos dos alegatos: que estos no sean largos, sino reducidos á los hechos principales del pleito: que con sola una rebeldía se sustancien en el Consejo los autos en estrados: que el término para probar sea uno solo, y no tres como observan los romanos en sus leyes: que sea reducido á ochenta dias, ó á los términos que por causas particulares señalan las leyes, sin permitir á los jueces

su prorogacion; y finalmente que las demandas de reconvencion se sustancien unidas con las principales, y se determinen en una misma sentencia.

4 Todas estas proposiciones se hallan bien fundadas en las instituciones prácticas, que escribí para la ordenacion y decision del juicio civil en todos sus ramos y recursos con arreglo á las disposiciones de concilios, cánones y leyes reales, conviniendo generalmente en el fin indicado de excusar pleitos, abreviarlos y concluirlos á menos costa y vejacion de las partes.

5 Este interes público es el fundamento del citado *cap.* 20. *ses.* 24. *de Reformat.*, del cual salen dos utilísimas consecuencias: la primera que siendo conforme aquella disposicion al derecho comun, se ha de entender siempre con la extension posible á los casos que expresa su letra, y á los que contiene su espíritu, resolviendo cualquiera duda que ocurra á beneficio de la causa pública, y manteniendo al ordinario eclesiástico en el conocimiento de la primera instancia.

6 La segunda consecuencia consiste en que la transgresion de lo que dispone en esta parte el concilio de Trento, ofende principalmente al derecho público del estado, atropella las leyes de su gobierno temporal, y las que estan dadas para el de la Iglesia; y estos dos respectos obligan al rey á que interponga su natural defensa, alzando y quitando la fuerza que causan á sus vasallos, demostrándose por estos principios que no solo se interesa aquí el oficio de la proteccion real en general para con los cánones, y en particular para con el santo concilio de Trento, sino principalmente el de la soberanía en defensa del estado.

7 De la proposicion antecedente resulta otra consecuencia igualmente segura, y consiste en la reserva ó excepcion que hace el citado capítulo 20. por las siguientes palabras: *Vel quas ex urgenti, rationabilique causa judicaverit Summus Romanus Pontifex, per speciale rescriptum signataræ sanctitatis suæ, manu propria subscribendum, committere, aut avocare.*

8 Si el rey obrase en este caso únicamente como protector del santo concilio de Trento, deberia contribuir con su oficio á que se guardase y cumpliese la comision y avocacion que hiciese el sumo pontífice por su rescripto, cualificado del modo que expresa el mismo santo Concilio, por ser una parte esencial de su disposicion. ¿Pero seria justo que dejase correr el daño público del estado y de sus vasallos, y que no lo detuviese y enmendase, interponiendo su natural defensa por medio de la retencion y suplicacion? Así lo observa constantemente el Consejo, pues aunque vengan los rescriptos de comision y avocacion con todas las calidades referidas, y contengan ademas la derogacion especial en aquel caso de lo dispuesto en el citado capítulo 20., no se da el pase para el efecto que contienen, y se enmienda el daño, mandando en los de justicia que se retengan, y que las partes usen de su derecho ante el ordinario, y en los de gracia se le remiten para su ejecucion, ó se entregan á las partes para que usen de ellos ante el ordinario. Esto es lo que literalmente asegura el señor Salgado *de Supplicat. part.* 2. *cap.* 1. *desde el n.* 63. *y en el cap.* 26., con otros autores que refiere.

9 Penetrados los sumos pontífices del mas vivo deseo y celo de que se observen los santos concilios y los cánones en utilidad de la Iglesia y del estado, rarísima vez expiden sus letras en derogacion de tan saludables establecimientos. Yo en muchos años que he observado la práctica del Consejo, no he visto sino un caso, en que se trató de retener un breve de comision en primera instancia, y con efecto se detuvo remitiendo las partes al ordinario competente.

10 Mas frecuentes han sido los recursos motivados entre los jueces eclesiásticos ordinarios, que pretendian corresponderles el conocimiento de la causa en primera instancia; y estos puntos se determinan por las reglas comunes que establecen la preferencia de los fueros, de los cuales trató largamente Carlev. *de Judiciis*, y se debe excusar nueva discusion particular para estos casos.

11 En el dia seria mas inútil este trabajo y cualquiera otro que se emprendiese acerca del conocimiento en primera instancia en las causas de los eclesiásticos así seculares como regulares, por haber dado especial forma y determinacion la santidad de Clemente XIV, por su breve expedido á instancia de S. M. el dia 26 de Marzo de 1771, por el cual erigió y subrogó en lugar del antiguo tribunal de la nunciatura el que ahora se llama la rota de la nunciatura apostólica en España.

12 El principal objeto de esta disposicion fué poner mas expedita la justicia en España con menores gastos de los vasallos de S. M., excusando los excesivos que les exigian en los tribunales eclesiásticos, especialmente en el de la nunciatura, y en los breves de comision expedidos por su santidad á jueces *in curia* ó á sinodales, para conocer y concluir las causas que habia determinado por su sentencia el nuncio, y no se hallaban en ella ejecutoriadas, queriendo su santidad en el citado breve, y S. M. en los oficios con que lo obtuvo, que todas las causas pertenecientes al fuero eclesiástico se acabasen cumplidamente en España, sin recurrir á su santidad por via de apelacion ni por otro medio, ni obtener breve de comision, consultando á beneficio de estos reinos el remedio mas conveniente en las facultades que concedió al nuncio para cometer el conocimiento de dichas causas á los jueces sinodales ó á los de la rota, siempre que fuese necesario para las instancias dentro de estos reinos, sin necesidad de impetrar breves de comision ni otros algunos de la santa sede para los referidos fines.

13 Al mismo tiempo, y con el propio objeto de la brevedad, menos fatiga y dispendio de las partes, mandó su santidad en el artículo 9. del enunciado breve «que siempre quede salva »á los ordinarios la facultad de conocer »en primera instancia.»

14 El Consejo puso en el pase que concedió á este breve las prevenciones oportunas para su mejor y mas exacta observancia en este artículo, y el nuncio acordó con el ministro del Consejo, que trató de órden de S. M. de arreglar el método y órden mas sólido de su ejecucion, que los ordinarios diocesanos y demas jueces eclesiásticos, á quienes corresponda el conocimiento en primera instancia de todas y cualesquiera causas pertenecientes al fuero de la Iglesia, conforme á lo dispuesto en el santo Concilio de Trento, *en el citado cap.* 20. *ses.* 24. *de Reformat.*, no serán en manera alguna impedidos por los nuncios de su santidad en el uso de su jurisdiccion y progresos de dichas causas, antes bien contribuirán con sus eficaces auxilios á que les sea conservada y defendida, como tan importante al bien del estado eclesiástico, y á que florezca en estos reinos el buen órden y disciplina de la Iglesia.

15 No siendo pues de temer en virtud de unos establecimientos, que por sus circunstancias pueden llamarse leyes pactadas con S. M., que el papa expida letras con respecto á las causas del fuero de la Iglesia, y mucho menos en derogacion de la primera instancia que corresponde á los ordinarios, ni que el nuncio de su santidad falte al cumplimiento exacto del citado concilio de Trento, al breve y á lo pactado con el ministro del Consejo que intervino en estos reglamentos á nombre de S. M., parece que no hay necesidad de tratar del remedio de unos daños que no hay motivo de recelar.

16 Aunque la jurisdiccion y autoridad de los ordinarios eclesiásticos, para conocer de las causas en primera instancia, ha merecido siempre las mas altas y mas antiguas recomendaciones por los importantes fines que se han insinuado al principio de este discurso; y aunque se ratificó mas estrechamente por los padres del concilio de Trento en el citado *cap.* 20., no han bastado los enunciados establecimientos para defender la jurisdiccion de los ordinarios de los insultos que por varios medios y fraudes les han hecho y repetido muchas veces los superiores.

17 La *ley* 59. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Rec.* (Ley 10. tit. 3. lib. 4. de la Nov. Recop.)

ofrece un fiel testimonio de esta verdad, pues dice que los procuradores de córtes, en las que se celebraron en Madrid año de 1593, se quejaron al señor Don Felipe II de que de algunos años á esta parte los nuncios de su santidad en estos reinos, contra lo dispuesto en el santo concilio de Trento, conocian en primera instancia de todas las causas que les parecia, en perjuicio de la jurisdiccion de los ordinarios, y avocaban y retenian las que estaban pendientes ante ellos.

18 ¿A qué grado llegarian estos daños públicos, cuando obligaron á los procuradores de córtes á explicar sus quejas y sentimientos? Para su remedio mandó S. M. en la citada *ley* 59. que los de su Consejo tengan gran cuidado de que se ejecute, en lo que á esto toca, el santo concilio de Trento, y que para ello se den las provisiones ordinarias.

19 En la concordia que se celebró á 8 de Octubre de 1640 con el nuncio de su santidad Don César Facheneti, de la cual se formó el *auto* 6. *tit.* 8. *lib.* 1., se acordó y mandó en el capítulo segundo «que en las Comisiones, »que se uvieren de dar, y despachar »por la Abreviaturia, cometidas á Jue»ces *extra curiam*, se guarde el órden, »y forma que se da por el Santo Con»cilio de Trento, cometiéndose sola»mente á los Ordinarios, ó Jueces Si»nodales, y no á otros.»

20 Y en el capítulo cuarto dice lo siguiente: «Y por quanto es nuestro »principal intento, que en ninguna »manera se haga perjuicio á los Ordi»narios en el conocimiento, y determi»nacion de las causas en primera ins»tancia, y que se guarde puntualmen»te la disposicion del Santo Concilio »de Trento; provehemos y mandamos »que en qualquiera inhibicion, que »se despachare en este Tribunal, en »virtud de qualquiera apelacion, se »ponga la cláusula:» *Ita tamen quod si sententia, à qua stitit appellatum, non fuerit diffinitiva, vel vim diffinitivæ non habens, præsentes litteræ nullius sint roboris, vel momenti, aut præsens inhibitio non afficiat.*

21 Ni todas las constituciones referidas, ni las posteriores que se expidieron para su mas debida observancia, bastaron á contener á los jueces superiores eclesiásticos, especialmente al nuncio de su santidad en sus propias facultades, interrumpiendo las de los ordinarios en el conocimiento de las causas de su obispado en primera instancia, valiéndose de aparentes pretestos, como lo fueron el abuso de mandarles remitir los autos *ad effectum videndi*, admitir apelaciones de autos que no eran difinitivos, ni tenian fuerza de tales, expedir inhibiciones, ya perpétuas y ya temporales, sin preceder el conocimiento circunstanciado que señalan los cánones; llegando á ser tan generales estos daños, que excitaron el daño y justificacion de muchos arzobispos y obispos á clamar al Consejo por su remedio, el cual les dispensó este sabio tribunal en uso de la proteccion y regalía, que compete á S. M. por real órden circular de 26 de Noviembre de 1767, que se recordó y repitió en el año de 1778.

22 Si tan repetidas y estrechas constituciones y providencias no han alcanzado á mantener la jurisdiccion y autoridad de los ordinarios eclesiásticos en el conocimiento libre y expedito de las causas en primera instancia, parecia consiguiente igual recelo de que tuviese la misma suerte el citado breve de 26 de Marzo de 1771, lo acordado con el nuncio, y lo resuelto por S. M. á consulta del Consejo.

23 La diferencia que obliga á variar el concepto indicado es muy esencial, y consiste en que por los antiguos establecimientos, incluyendo el del santo concilio de Trento en el citado capítulo 20., quedó la raiz permanente de los daños temidos y experimentados dentro del mismo tribunal de la nunciatura: porque su jurisdiccion en todos los ramos de justicia se ejercia por un juez extrangero con nombre de auditor ó asesor, el cual por ignorar las leyes patrias, las costumbres y usos de España, y por ser mas adicto á la curia romana y á sus propios intereses, buscaba medios y pretestos para extender su jurisdiccion á mayor número de causas, sin repa-

rar en que se ofendiese la de los ordinarios en su primera instancia, ni la de los metropolitanos en el órden gradual de las apelaciones; y como la causa principal de estos daños está removida enteramente por el citado breve como se manifiesta en todo su literal contesto, y subrogados en lugar del antiguo tribunal de la nunciatura un auditor y seis jueces, todos naturales de estos reinos, debe confiarse mucho de su integridad, literatura y amor, que con solo este medio se haya dado un punto permanente á los daños, tantas veces reclamados sin fruto.

24 Este es un pensamiento muy autorizado y antiguo, pues cuando el Consejo trató seriamente de los perjuicios que causaba la nunciatura con el abuso de su jurisdiccion contenciosa, fué de dictámen, con el cual se conformó S. M., y se insertó en real cédula de 30 de Mayo de 1557, «que »para enmendar los enunciados perjui»cios, hubiese una persona natural de »estos reinos, de letras, autoridad y »conciencia, nombrada y pagada por »S. M. que viese y señalase los despa»chos que del nuncio emanasen, y que »sin ser vista por él, y señalada, no »se despachase, ni usase de cosa al»guna.»

25 Añadió el Consejo que este remedio y órden era tan bueno, tan santo y justo, «que aunque no hubiera, »ni se esperase el desórden, ni la es»trecha necesidad que se ha entendi»do, se podia y debia de él usar, sien»do como es para todos los efectos y »fines que se pueden pretender, con»venientísimo: porque si se tiene fin, »como es cierto se tendrá por su san»tidad, á la buena y justa expedicion »de los negocios, y al bien y benefi»cio público de estos reinos, y súbdi»tos de ellos, es claro que asistir y »concurrir una tal persona á los des»pachos es importantísimo para que »mejor se acierte.»

26 Si se considera el cumplimiento y ejecucion de lo que su santidad y el nuncio ordenaren por sus comisiones, el haber otra persona, no solo no será impedimento antes bien grandísima ayuda, y se ejecutará con menos embarazo y mas fielmente, y se dará á sus cosas autoridad y favor, como por experiencia se ve en todos los ministros eclesiásticos, donde S. M. nombra persona, y concurre su favor.

27 Si se atiende á que los dichos nuncios usen de sus facultades justamente, y sin excederse, ningun medio mas eficaz ni mas conveniente puede encontrarse; pues para descargo, seguridad y satisfaccion del nuncio es convenientísimo, para el reino es de gran satisfaccion y contentamiento, y así todos se aquietaron con él.

28 En la consulta que hizo á S. M. el Consejo en 11 de Agosto de 1767, reflexionó este mismo punto, y dijo «que siendo el asesor del nuncio, ó »llámese auditor español, vasallo y de»pendiente de S. M. para los ascensos, »tendria buen cuidado, para lograrlos, »de no decaer de la gracia por su des»arreglada conducta.»

29 A estos bien fundados discursos han correspondido por experiencia los efectos favorables que se deseaban; pues desde que se estableció este tribunal de la rota, han calmado enteramente las quejas de los arzobispos y obispos, y las de los vasallos de S. M.; y si algunos han acudido al Consejo por via de fuerza en sus causas particulares, rara vez ha hallado el Consejo en sus procedimientos motivo para ella. Yo he concurrido á todos los recursos que se han introducido de los autos de la nunciatura, que siendo de conocer y proceder, se ven y determinan por las dos salas juntas de gobierno, y si solamente son de conocer y proceder, como conoce y procede, ó de no otorgar, por la sala segunda, y en una y otra he asistido mas de trece años contínuos.

30 Para las causas de los regulares dió forma tambien el citado breve de 26 de Marzo de 1771, por la cual mejoraron los ordinarios su jurisdiccion para conocer de ellas en primera instancia, pues al número 7. de dicho breve establece y manda su santidad «que el nuncio esté obligado, y deba »cometer en lo sucesivo las causas de »los exentos que residen, ó habitan en

»las provincias de dichos reinos, á los »ordinarios locales, ó á los jueces sino»dales en las mismas provincias, reser»vando la apelacion á la nunciatura »apostólica.»

31 Supone el breve al número 2. que el tribunal de la nunciatura estaba en posesion de conocer y decidir en primera instancia, como juez ordinario, los pleitos y causas, así civiles como criminales, de los regulares y demas exentos, sujetos inmediatamente á la silla apostólica. Esta posesion era notoria y fundada en las autoridades que refiere el señor Salgado *de Supplic. en los cap.* 11. *y* 14.: porque los regulares exentos, y sujetos inmediatamente á la silla apostólica, salieron por estos privilegios de la sujecion de los ordinarios, y entraron en la inmediata del papa ó en la de aquellos jueces, que por delegacion general ó particular podian conocer de sus causas, en cuya clase se consideraba el nuncio como legado á latere, y era conforme á los establecimientos públicos el que usase de su jurisdiccion en primera instancia para mayor beneficio de los dichos exentos, y aun de los mismos que litigaban con ellos. En el dia se acerca mas el conocimiento de estas causas á las mismas partes, que han de litigar ante los jueces ordinarios, y esta es una ventaja de grande consideracion.

32 El órden que señala el mismo breve para la comision, que debe hacer el nuncio de estas causas en primera instancia, no le deja eleccion ni arbitrio para hacerla á los jueces sinodales, omitiendo los ordinarios locales: porque así lo exige la prioridad con que estan nombrados, y se percibe de la razon fundamental que en iguales términos propone el gran Papiniano en la *ley* 77. §. 32. *de Legatis* 2., y en la 57. §. 2. *ad Senatus Consultum Trebellianum.*

33 Demuéstrase mas esta genuina inteligencia por la diferente forma que da su santidad al fin del mismo número 7. para la comision de las causas que venian por apelacion á la nunciatura; pues establece y manda que el nuncio, consideradas todas las circunstancias de las enunciadas causas, de las personas y de las distancias de los lugares, y observando en cuanto ser pueda lo dispuesto por los sagrados cánones y concilios, que prohiben se extraigan sin grave causa de sus respectivas provincias los pleitos y litigantes, deba cometer las dichas causas á los jueces sinodales de la diócesis ó á la sobredicha nueva rota; y dejando á su arbitrio considerar las circunstancias indicadas, ha de tenerlo necesariamente en el efecto de la comision, que es lo que manifiesta tambien la disyuntiva que propone, «á los Jueces Sinodales, ó á la Rota.»

34 Siendo pues constante por la inteligencia explicada que el nuncio debe cometer las causas de los exentos en primera instancia á los ordinarios, puede esperarse que haciéndose nuevos oficios con la santa sede, se excusen estas comisiones particulares, que gravan con dilaciones y gastos á las partes; y seria conveniente se declarase por regla general que de las enunciadas causas de los exentos conociesen en primera instancia los ordinarios, ya sea en uso de su primitiva jurisdiccion, ya como delegados de la santa sede ó del nuncio, lo cual es compatible con la reserva de la apelacion á la nunciatura apostólica, en los términos que expresa el citado breve; y solo en el caso de que el ordinario diocesano no pudiese conocer por algun impedimento canónico de las causas de los exentos en primera instancia, podria entrar la autoridad del nuncio á cometerlas á los jueces sinodales del mismo obispado.

35 Por consecuencia de estos antecedentes seria yo de dictámen que si el nuncio invirtiese en la comision de estas causas el órden del breve, dándola á jueces sinodales, tendria lugar el recurso de fuerza de conocer y proceder en perjuicio de la jurisdiccion del ordinario.

36 La conservacion de esta jurisdiccion se encargó privativamente al Consejo, y así conoce de estas fuerzas con inhibicion de las chancillerías y audiencias: *ley* 59. *y* 62. *cap.* 2. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.*: *ley* 81. *tit.* 5. *lib.* 2.:

*auto* 4. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 4. lib. 2.: ley 6. tit. 5.: 19. tit. 7.: 9. tit. 12.: 9. tit. 10. lib. 49. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.)

37 De las personas que pueden introducir los recursos de retencion, y de la forma y órden de continuarlos y determinarlos, trataré en el capítulo próximo.

## CAPÍTULO X.

### *Del principio, progreso y fin del recurso de retencion y suplicacion de las bulas apostólicas.*

1 La *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3. advierte al que intenta demandar alguna cosa el gran cuidado que debe tener de hacerlo ante aquel juez que tenga poder para juzgar al demandado, y da la razon: «Ca ante otro Judgador non le »seria tenudo de responder.» Tampoco podria juez no competente ejecutar sus mandamientos ó sentencias, que es el término de los juicios, y el primer objeto en la intencion de los que litigan, como lo funda el señor Salgado *de Retent. part.* 2. *cap.* 18. *n.* 10., y se explicó en el capítulo once, parte segunda de mis Instituciones prácticas sobre el juicio civil.

2 He cumplido con la advertencia de la citada ley, distinguiendo en el capítulo anterior próximo que el conocimiento de la retencion de las bulas apostólicas fué privativo en lo general del Consejo; pues á fin de que estuviesen libres sus ministros para entender en la justicia y gobernacion de estos reinos, se mandó por la *ley* 21. *tit.* 4. *libro* 2. *de la Rec.* (Ley 2. tit. 6. lib. 4. de la Nov. Recop.) que los pleitos que pendiesen en él, ó viniesen á él de nuevo sobre beneficios patrimoniales y eclesiásticos, los remitiesen luego á las audiencias á donde perteneciese el conocimiento de ellos, excepto los que por él estuviesen sentenciados en vista. Por esta remision que se les mandó hacer, no solo de los pendientes, sino tambien de los que viniesen de nuevo, no quedó inhibido el Consejo de admitir y conocer de algunos, cuando le pareciere convenir al servicio de S. M. y á la causa pública, así por lo que expresa la citada *ley* 21., como por la general ampliacion de la *ley* 22. *siguiente.* Ultimamente se demostró en el mismo capítulo próximo ser privativo del Consejo conocer de la retencion de las bulas, qué ofendiesen en cualquiera modo lo establecido por el santo concilio de Trento, conforme á las *leyes* 59. *y* 62. *del tit.* 4. *lib.* 2., á la 81. *tit.* 5. *del prop. lib.*, y al *auto* 4. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 4. lib. 2.: ley 6. tit. 5. lib 4. de la Nov. Recop.)

3 Este es el resúmen que deja expedito el paso para tratar del segundo punto, que reservé al fin del citado capítulo próximo, como uno de los que mas interesan á los que han de venir al juicio, reducido á prepararse con las calidades que autoricen y legitimen sus personas.

4 La primera calidad debe ser el interes y accion suficiente para introducir el recurso, y pedir que se retenga la bula, y que se suplique de ella, por el perjuicio que causaria su ejecucion, especialmente en aquellas que se expiden en derogacion del patronato laical que pertenece á los patronos, ó en perjuicio del derecho adquirido en los beneficios patrimoniales, y otros casos semejantes.

5 Entre el interes privado y el público, cuya defensa es propia del oficio fiscal, entra la controversia sobre cuál de los dos debe introducir el recurso, ó si puede hacerlo cualquiera de ellos por su propio derecho, sin perjuicio de que la otra parte se adhiera y promueva el suyo.

6 Esta duda tiene positiva resolucion en la práctica del Consejo, en las leyes y en la razon, á favor de la accion privativa que corresponde al señor fiscal, sin que la parte, aunque se sienta agraviada, tenga ninguna accion para introducir por sí este recurso.

7 El medio de impedir el daño que se teme de la ejecucion de la bula, se reduce á dar noticia de esta al señor fiscal, y de la parte que la ha obtenido, del asunto que contiene, y del daño que produciria; otorgando á su favor poder suficiente, bajo la caucion

y obligacion de responder de la seguridad de cuanto expone, para que pida la retencion, y haga la suplicacion conveniente á nombre de S. M.

8 En vista de esta noticia circunstanciada, y de la responsabilidad de sus resultas que debe ofrecer la parte, si entendiere el señor fiscal que el caso es de los que piden remedio en defensa de la causa pública, introduce el recurso, y se libra á su instancia la provision ordinaria para que se recoja la bula, y se traiga al Consejo con los autos y diligencias que en su virtud se hayan hecho por el ejecutor, poniendo el mismo señor fiscal á la espalda de la provision la persona ó procurador á quien da su poder para que pida y practique á su nombre las diligencias conducentes á fin de que tenga cumplido efecto lo mandado por el Consejo; pero ha de preceder á la entrega de la provision, el otorgar la parte, que dió noticia y poder al señor fiscal, fianza de que sino pareciere ser cierta la relacion que hace, pagará á la otra parte todas las costas y daños que la recreciesen, dejando al mismo tiempo poder y procurador para seguir la causa con su citacion para los autos del pleito.

9 Este es el resúmen de la práctica del Consejo en este recurso, y así lo he visto muchas veces en los negocios que he defendido y votado, habiendo sido uno de ellos el que se motivó en el año de 1759 por el señor fiscal, para recoger la bula ó rescripto que habia obtenido el dean y cabildo de la santa iglesia catedral de Orihuela, citando y emplazando al colegio seminario de la propia ciudad, para que acudiese á la curia romana á tratar de la nulidad de la expedicion de ciertas bulas que anteriormente habia obtenido á favor de dicho colegio el reverendo obispo de la misma ciudad.

10 La suplicacion es parte esencial y condicional de la retencion, segun sienten algunos autores, y siendo privativo del señor fiscal suplicar de las bulas, que traen daño público, lo debe ser igualmente pedir la retencion. El *auto* 50. *tit.* 19. *lib.* 2. (Nota 8. tit. 3. lib. 2. de la Nov. Recop.) pone la fórmula antigua con que se expedia la provision para recoger bulas ó letras apostólicas, y en una de sus partes decia: «Y aviéndose suplicado, ó su»plicándose de ellas por parte del nues»tro Fiscal,» manifestándose claramente en esta cláusula pertenecer al señor fiscal hacer la suplicacion indicada.

11 Continúa el mismo auto mandando se omita dicha cláusula, y se subrogue en su lugar otra que en nada altera el derecho y facultad privativa del señor fiscal, pues únicamente varía el órden de la súplica; esto es, que en las provisiones antiguas se hacia, é insertaba en ellas, al tiempo de introducir el recurso, la enunciada súplica, y las que se dan nuevamente, deben ser sencillas y positivas para recoger y remitir al Consejo las bulas con los autos y diligencias obradas por el ejecutor; y si pareciere en su vista que son tales que se deban cumplir, se obedezcan y cumplan, y sino se informe á su santidad de lo que en ello pasa, para que mejor informado lo mande proveer y remediar como convenga. En esta segunda parte de la cláusula se contiene la súplica reservada á S. M. y al Consejo, precedido el exámen conveniente, pues la que se hacia en lo antiguo era intempestiva, respecto á que las bulas pudieran ser tales que debieran cumplirse, y esta inordinacion fué la que reparó y enmendó el Consejo.

12 En 1.º de Enero de 1747 se comunicó al Consejo un real decreto, por el cual se manda entre otras cosas que la sala de justicia del Consejo pase á S. M. copia del auto de retencion de las bulas ó rescriptos apostólicos, con el pedimento fiscal para la súplica á su santidad; y en esta cláusula manifiesta que solo se ha podido retener y suplicar de la bula á pedimento del fiscal. Tambien asegura S. M. en dicho real decreto que la súplica se debe hacer á su real nombre por sus ministros en la córte de Roma, y que á este fin manda pasar á sus manos la copia del auto del pedimento fiscal.

13 Pareja *de Instrum. edition. tit.* 4. *resolut. única n.* 20., dice que las bulas se presentan de dos modos en el Consejo ó en las chancillerías, segun el órden

que prescriben las *leyes* 21. *tit.* 4., *y* 34. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 2. tit. 6. lib. 4., y 7. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.): uno cuando lo hace la parte que las impetró de Roma con solo el recelo, ó porque haya sabido que se ha propuesto en el Consejo la suplicacion por el fiscal, y pedido la provision ordinaria para que se remitan á él las bulas. ¿Qué mayor prueba puede dar este autor de que solo el fiscal era parte para suplicar y pedir la provision ordinaria? Pues si hubiera considerado que la parte ofendida podia tambien hacerlo, seria igual este recelo ó noticia para excitar en el impetrante la presentacion.

14 El segundo medio, por donde vienen al Consejo ó chancillerías las bulas, es el mismo que se ha indicado; esto es, que se manden venir á pedimento del señor fiscal, precedida la accion de la parte, su poder, obligacion y fianza, con arreglo á los *autos acordados* 12. *y* 13. *tit.* 19. *lib.* 2. (Tit. 3. lib. 2., tit. 9. lib. 4. de la Nov. Recop.); y la misma práctica refiere y contesta Paz, *tom.* 2. *prælud. último, desde el n.* 10.

15 Queda fundado en el capítulo próximo, y en otros lugares de este libro, que el daño público es la única causa de retener las bulas y suplicar de ellas á su santidad. ¿Pues quién si no el rey puede conocer de las necesidades públicas del reino, y dispensarle su defensa y remedio por sí mismo, ó por sus tribunales excitados por su procurador fiscal?

16 Por otra parte el rey ha ofrecido muchas veces en las leyes y autos acordados, referidos en el capítulo próximo y en otras muchas partes de estos discursos, que contribuirá siempre con su autoridad á que sean obedecidas y cumplidas las bulas de su santidad, en lo que no ofendan la causa pública, y que no interrumpirá ni usurpará de modo alguno la jurisdiccion y poder de la Iglesia; y si permitiese á las partes, que se figuran agraviadas, accion para pedir la suspension y remision de las bulas, se interrumpiria muchas veces su ejecucion, sin aquel prévio y sério exámen que corresponde, y se confia justamente al juicioso dictámen del señor fiscal, y por este medio de razon y fundamento queda igualmente demostrado que el interes privado que alegue y proponga la parte, así como no es suficiente causa para retener las bulas, tampoco lo es para intentar el recurso.

17 Pero luego que el recurso se haya introducido, y esté admitido por el Consejo, bien puede la misma parte agraviada adherirse á él en calidad de tercero coadyuvante, porque tiene interes y accion de segundo órden, haciéndolo en el tiempo y forma que por regla general prescriben las leyes y los autores al tercero que viene á coadyuvar el derecho del principal, de quien depende el suyo, de cuyas circunstancias tratan largamente el señor Covarrubias en los *cap.* 13. 14. 15. *y* 16. *de sus Prácticas*: Salgado *de Regia, parte* 1. *cap.* 8. *num.* 17.: Cancer. *Variar. part.* 2. *cap.* 16.: Scacia *de Appellat. quæst.* 5. *n.* 71. *et* 73., *et quæst.* 12. *n.* 69., *et quæst.* 17. *limitat.* 6. *membro* 4. *n.* 41.: Suarez *de Jure adhærendi, cap.* 9., y otros muchos que se refieren en los capítulos octavo y nono de la parte segunda de mis Instituciones prácticas, con las exposiciones que hice por principios sólidos y sencillos.

18 El señor Salgado *de Retentione, part.* 1. *cap.* 13. propone la duda de si estando pendiente el recurso, y apartándose de él los colitigantes por concordia ó por otro medio, ¿podria no obstante continuarlo el señor fiscal? En esta propuesta se encierra el supuesto de poder asistir las partes al recurso, y continuar el juicio por su interes propio, porque sin este antecedente no hay términos para la desistencia ó renuncia.

19 Del mismo modo supone Salgado que el fiscal es la parte principal que introduce el recurso, y así lo expone abiertamente desde el *n.* 6., viniendo todos á confirmar con su doctrina las dos proposiciones indicadas; y para dar entrada á la segunda otorga la parte su poder separado, ademas del que anteriormente dió al señor fiscal á favor del procurador del Consejo, para que comparezca á su nombre,

pida los autos, y exponga lo conveniente á su defensa, y así lo manda el Consejo, entendiéndose con las mismas partes las diligencias de su progreso.

20 El señor Salgado se inclina en la duda propuesta á que el señor fiscal puede continuar el recurso sin embargo de la separacion de las partes, cuando el daño público subsiste; pero si este ha cesado, entiende que por su consentimiento se acaba la instancia, y que no la puede continuar.

21 Declara el citado autor este pensamiento en dos casos: uno cuando se introduce el recurso de aquellas bulas, en que se manda proveer un beneficio en el que no ha sido presentado por el patrono lego: otro cuando se impida la primera instancia al ordinario eclesiástico. Si en el primer caso accede el patrono lego con su consentimiento á favor del provisto por su santidad, lo considera con el propio efecto que si en su principio lo hubiera prestado y presentado, y entiende que en estas circunstancias no podia tener lugar el recurso, ó cesaba en el punto que faltaba la contradiccion y repugnancia del patrono, mediante su consentimiento y aprobacion superveniente [21].

22 El perjuicio de las partes y del juez ordinario, cuando se le priva de su jurisdiccion en el conocimiento de la primera instancia, da entrada al recurso; y cuando estos tres interesados han convenido en que conozca en primera instancia el juez comisionado de la causa perteneciente al fuero de la Iglesia, falta la violencia que es la materia del recurso, y cesa éste como si en su principio hubiera concurrido la uniforme correspondencia de ellos.

23 En estos dos artículos que refiere el señor Salgado, deja en oscuridad su resolucion, pues no determina si la bula traida al Consejo ha de quedar retenida en él virtualmente, ó con expresa declaracion que haga el Consejo en el tiempo mismo que llega á su noticia la convencion y desistencia de las partes, consintiendo el patrono lego en que se provea el beneficio en la persona agraciada por su santidad, ó si se ha de entregar á esta la bula para que use de ella ante el juez ejecutor, y tome en su virtud posesion del beneficio, como provisto por su santidad con acuerdo y gratitud del mismo patrono.

24 Este es un punto que pide explicacion, porque si la bula se ha de quedar en el Consejo, y no ha de tener uso alguno, convendré gustoso con la opinion del señor Salgado, pues que desistiendo de su contradiccion la parte que la habia obtenido, y solicitaba el pase para su ejecucion, y apartándose tambien de su instancia el patrono lego, venia á quedar solo el señor fiscal en su pretension, y se acababa el pleito á su favor, defiriéndose inmediatamente á la retencion de la bula, ó á que no tuviese efecto en su ejecucion, que es lo mismo.

25 Bien podrá usar en este caso la parte que obtuvo la bula del derecho adquirido por el consentimiento ó presentacion superveniente del patrono lego; pues así como la causa es diversa de la que contenia la bula, lo es tambien la accion del agraciado, y aunque caduque y no haya existido la primera, nace de nuevo y se conserva la segunda con todos sus efectos: Olea *tit.* 6. *quæst.* 7. *n.* 8. 9. *et* 20., ibi: *Licet unius rei dominium non posset ex pluribus causis, seu titulis acquiri, tamen expedit plures simul cumulare ad conservationem juris quæsiti, ut si aliqua ex causa infringatur primus, possit quis se defendere ex secundo.* Lo mismo sucede cuando se propone en juicio una causa ó título, pues aunque se dé contra él ejecutoria, puede usar en otro de diverso título ó causa: *leyes* 15. 25. *y* 40. *tit.* 2. *Part.* 3.: *ley* 4. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Recop.*; y al mismo intento conduce la regla que dice: *Per supervenientiam novi tituli, ipso jure mutatur causa possidendi*: Olea *dict. tit.* 6. *quæst.* 7. *n.* 21. *et* 22.: Larr. *allegat.* 68. *n.* 18.: Salgado *de Retent. part.* 1. *cap.* 12. *num.* 5. *y siguientes.*

26 Si en la opinion del señor Salgado se entiende que por la desistencia y convencion de las partes haya cesado la violencia y causa de la re-

tencion de la bula, y que se debe entregar á quien la obtuvo para su uso y ejecucion, que es lo que parece quiso decir este autor, no estoy de acuerdo con su dictámen: porque no fundándolo en ley ni en otra disposicion autorizada, que declare la duda de su proposicion, se ofrecen en contrario otras muy graves, que á lo menos hacen dudar de la opinion referida.

27 En la *part.* 1. *cap.* 3. *de Retent.* hace un supuesto el señor Salgado, que es comun en todos los demas autores que tratan esta materia, reducido á que en el recurso no viene la potestad de su santidad, ni se examina el valor de las letras; sino que toda su inspeccion se ciñe á dudar de su intencion y voluntad, teniendo por cierto, á lo menos por una presuncion suficiente, que cuando al tiempo de su expedicion perjudicaban las bulas gravemente al derecho de algun tercero, y trascendian por esta razon al daño público, carecian de voluntad, que es el alma y espíritu de la ley, y aun se presume que la tenia su santidad muy contraria á lo que suenan las palabras de la bula: porque si la dió ignorando los hechos y circunstancias de que el beneficio era de patronato laical, nada hay mas contrario á su intencion que la ignorancia ó error en la causa ó en el fin.

28 Si su santidad expidió la bula con presencia de los hechos y circunstancias referidas, se tiene por una voluntad *coacta*, sacada con violencia por la importunidad de las partes interesadas, y al defecto de voluntad libre se agrega el delito del impetrante, del cual no puede sacar la utilidad que indica la bula, concluyéndose por todos estos medios con evidencia que el papa no quiere derogar los sólidos y antiguos establecimientos de los cánones y leyes á beneficio de los patronos legos en la conservacion de sus facultades.

29 Pues si salieron las enunciadas bulas de la boca de su santidad con solo el material sonido de sus voces, vacías del espíritu que las debe animar, que es la intencion de su santidad, ¿quién las ha restablecido en el legítimo consentimiento del autor de la gracia? Las partes no han podido hacerlo por su condescendencia, y menos tendria este influjo ignorándola su santidad, ni es necesario valerse de este auxilio extraordinario, que las mas veces traeria perjuicio á la potestad de los obispos, quienes pueden usar en el caso propuesto de la que tienen por derecho comun.

30 Los mismos principios y doctrinas, que en mi dictámen convencen la opinion del señor Salgado en el caso referido del patrono lego, son comunes al que igualmente propone con respecto á la primera instancia del ordinario eclesiástico, persuadido de que el consentimiento de éste y el de las partes impiden el progreso de la retencion de la bula, que se supone expedida en ofensa del citado *cap.* 20. *ses.* 24. *de Reformat.*

31 Pueden añadirse en mayor convencimiento de la opinion del señor Salgado sus propias doctrinas, especialmente las que refiere y expone en el *cap.* 3. *part.* 2. *de Retent.*; pues en todo su contesto y en otros muchos lugares de esta obra procede sobre el principio y regla de que solo el daño público del estado es la única causa suficiente, que obliga al rey á defenderlo por los medios que señalan las leyes.

32 Esto es en cuanto á lo general, pues en lo particular de la derogacion de primera instancia aun está mas expresivo á favor del daño público que causaria el salir á litigar fuera de los respectivos domicilios ante jueces, que no son dados por derecho para conocer de tales causas, empobreciéndose los litigantes con los mayores gastos, con el abandono de sus familias y el de sus haciendas. ¿Y podrá alguno dudar que el interes público de que los ciudadanos y vasallos de S. M. tengan mas expedita su justicia á menos costa, y que se acaben con mayor brevedad los pleitos, toca inmediatamente al rey? ¿Y qué si es favor ó beneficio el que concede el santo Concilio en el citado capítulo 20., es dado á la misma nacion en general y no á los particulares? ¿Y qué por estos respectos ni el consenti-

miento de las partes que litigan, ni el del juez ordinario pueden derogar las leyes, ni hacer que no tengan lugar en sus disposiciones privadas, ni perjudicar al derecho de S. M., ni relevarle del oficio de proteger y defender la observancia del santo Concilio y el interes del estado en lo espiritual y temporal?

33 Con razon se deben tener, y declarar por pródigos y malos administradores de sus bienes y de sus familias, los que teniendo en su mano lograr la justicia que pretenden, con brevedad, á menos costa y fatiga, quieren dilatar sus pleitos, turbar con ellos la república, consumir sus caudales y abandonar la industria y otras ocupaciones de su oficio.

34 ¿Y dudará alguno que en estos y otros casos semejantes la autoridad del rey interviene justamente en detener la disipacion de los bienes y de los derechos de sus vasallos? A la verdad que con esta condicion se les permitió adquirirlos, obligándose á usar de ellos en beneficio y utilidad de la república.

35 Todo el conocimiento del rey y de sus tribunales se reduce á buscar la verdad de la violencia que se reclama; esto es, si las causas en que se funda son ciertas y legítimas. El primer artículo, como es de hecho, no se presume, y es necesario que se pruebe por cualquiera medio de los que admiten las leyes, las cuales se emplean siempre en ampliarlos y no en coartarlos. La segunda parte ó artículo es la legitimidad de la causa, en cuanto á si es suficiente para temer que irrogue daño público; y este exámen, aunque es relativo á los cánones y á las leyes, contiene muchas veces embarazos y dificultades, que se remueven mas fácilmente con las luces que dan las partes interesadas, y para estos dos fines conviene oirlas, y si estan conformes en los hechos, relevan la causa de prueba, y reducen su exposicion á descubrir la inteligencia de las leyes que tratan del punto que se controvierte.

36 Que los tribunales reales se instruyan por lo que consta del proceso, ó por lo que, cuando falta este medio, dicen y prueban las partes, y que las oigan por tiempo limitado, ó por el que estimen necesario para asegurarse del hecho y del derecho, no muda el concepto y representacion, con que desciende el rey por medio de sus tribunales superiores á defender á sus vasallos de las violencias que temen, ya se recelen de la ejecucion de las bulas, ó ya les puedan venir por otros medios.

37 Ni el traslado que se da á las partes de sus respectivas exposiciones y defensas, ni la noticia que se las comunica para su uso en la notificacion autorizada, sacan el expediente de la esfera de instructivo, extrajudicial y tuitivo, como se fundó largamente en el capítulo décimo de la parte primera, tratando del recurso de nuevos diezmos, que conviene en el órden y progreso de los autos con el que observa el Consejo en la retencion de las bulas.

38 Porque traslado no es otra cosa que una pregunta que hace el tribunal á la parte contra quien se dirige el recurso, sobre si es cierto lo que en él se propone, y su respuesta ó contestacion llena los deseos del tribunal, ya confiese ó niegue lo que asegura la otra parte en su escrito. Del uso, inteligencia y fin de la voz traslado, y de la respuesta que se llama contestacion, expuse lo conveniente en el capítulo cuarto, parte primera de mis Instituciones prácticas, á donde me remito ahora en mayor demostracion de que ni los traslados ni las contestaciones ó respuestas, ni las pruebas ni alegaciones sacan el conocimiento de estos recursos de la clase de extrajudiciales.

39 El órden progresivo es el segundo punto de este capítulo, y consiste en las dos instancias y sus respectivas sentencias de vista y revista. El fin de haber tomado el Consejo este mas detenido exámen por respecto á la santa sede y por mayor seguridad de las causas, de que se ha de informar á su santidad en la suplicacion, lo expresa y funda el señor Salgado en el *cap.* 16. *part.* 1. *de Retent.*

40 La retencion, que manda hacer el Consejo, no es absoluta ni perpétua, sino interina y pendiente de lo que nuevamente provea y mande su santidad, bien informado de las justas causas que tuvo en consideracion el tribunal real para suspender la ejecucion de las bulas. Esta es la opinion mas comun, si se atiende al mayor número de autores que la siguen. Yo por los fundamentos, que insinuaré al fin de este capítulo, me separo de ella; pero convengo en que ya se considere la retencion en calidad de interina y pendiente de la voluntad de la santa sede, como quieren los enunciados autores, ó ya se estime absoluta y perpétua, subsistiendo la causa que la motivó, es condicion precisa prevenida, ó embebida en el mismo auto de retencion, informar á su santidad con la mas reverente suplicacion, y conviene saber quién la ha de hacer, de qué modo, y qué efectos producirá, si su santidad no se conformase con lo determinado por el Consejo, y mandase sin embargo ejecutar lo dispuesto en sus bulas.

41 Estos tres puntos son diferentes en sus principios, y se deben tratar separadamente por su órden; y aunque en todos ellos se han dividido en diversas opiniones los autores, y no ha estado muy distante el Consejo de variar tambien en ellos su dictámen y observancia, resumiré la que ha sido mas constante, sólida y fundada en los tres artículos referidos.

42 En cuanto al primer artículo respondo que el rey es el único que puede y debe hacer la súplica á su santidad acerca de las letras, que se hubiesen retenido en sus tribunales en el todo ó en parte de sus disposiciones.

43 Cuando las bulas se presentan voluntariamente en el Consejo por la parte que las ha obtenido, solicitando su pase, las reconoce el señor fiscal, y si halla en ellas perjuicio público, las contradice, y suplica en todo ó en parte. En este segundo caso se concede el pase con la restriccion ó limitacion señalada por dicho señor fiscal, extendiéndose ésta al dorso del breve, que se entrega á la parte para que use de él en lo demas. Lo mismo se hace en las letras de facultades que presenta el nuncio, conforme á lo prevenido en los *autos* 2. *y* 5. *tit.* 8. *lib.* 1.

44 Queda tambien demostrado que el señor fiscal introduce el recurso para traer al Consejo las bulas, de que pretendian usar los interesados, sin que alguno de ellos pudiese hacerlo, y que al mismo tiempo suplica de ellas en lo que puedan traer perjuicio público.

45 Las súplicas, que proponen y piden los señores fiscales, solo tienen el efecto de indicar que deben hacerse con formalidad, verificada la suspension intentada; y este uso uniforme y constante de tiempo inmemorial asegura que quien ofrece suplicar al principio del recurso, debe hacerlo cumplidamente en su fin y tiempo oportuno, que es el posterior á la suspension decretada por el tribunal real.

46 Ya fuese porque se omitiera esta diligencia en algunos casos, ó ya porque no se hiciese con la exactitud, expresion y veneracion debida á la santa sede, deseó asegurarse de todo escrúpulo el religioso celo del señor Don Fernando VI, y mandó por su real decreto de 1.º de Enero de 1747, que el Consejo pasara á sus reales manos cada cuatro meses aviso formal de los breves ó bulas retenidas, expresando el fin de esta providencia en las siguientes cláusulas: «Para poder executar la »suplicacion de ellas: para justificar por »este medio la súplica á su Santidad; y »debiendo ésta hacerse á mi nombre por »mis Ministros en aquella Corte::::»

47 Con sola esta literal expresion queda demostrada la resolucion del primer artículo de los tres indicados; esto es, que solo el rey, y á su real nombre se hacen las súplicas á su santidad de los breves retenidos por su Consejo, y se afianzó mas la justificacion del enunciado decreto en este punto, que examinado posteriormente con el mas sério y detenido exámen, mandó S. M. á consulta de su Consejo pleno, conformándose con su dictámen y con el que expusieron los señores fiscales, que se observase inviolablemente el citado decreto de 1.º de Enero de dicho año de 47. Esta soberana re-

solucion fué publicada en el mismo Consejo en 24 de Julio de dicho año, y ha tenido la mas justa y debida observancia, sin que haya noticia de que alguno de los interesados en el curso ó retencion de las bulas haya suplicado ante su santidad, ni continuado en la curia romana su instancia, bien que no les seria permitido, porque obligarian á las otras partes y al señor fiscal, que siempre es la mas principal, á que acudiesen á litigar fuera del reino, lo cual está prohibido por el *auto* 3. *tit.* 8. *lib.* 1. (Nota 4. tit. 3. lib. 2. de la Nov. Recop.), sobre las máximas fundamentales del gobierno.

48 Ademas de esto se caeria con estas súplicas judiciales en otros mas graves inconvenientes ofensivos á la suprema y mas alta regalía de S. M., si comprometiese á nuevo exámen y decision de la santa sede ó de sus tribunales su absoluta autoridad en proteger y defender de toda injuria y daño público á sus vasallos y á sus reinos, siendo este punto todo temporal, que sirve de único objeto al conocimiento que toma el Consejo en estos recursos, de cuyas particulares circunstancias trataré mas largamente en la respuesta al artículo tercero de los tres indicados.

49 Cuantas veces considero la razon y justicia de lo que se halla establecido y observado acerca de la suplicacion, que hace S. M. por medio de sus ministros en la córte de Roma, por obsequio y justa veneracion á la santa sede, admiro que el señor Salgado se desviase de este seguro camino, y tomase otro lleno de embarazos y dificultades, que no pueden conciliarse con los principios de esta regalía. Distingue pues este autor dos tiempos: uno cuando se introduce el recurso para traer las bulas al Consejo, y examinar si producirá su ejecucion daño público, y retenerlas si se concibiese permitiendo en estos primeros pasos preparatorios que suplique el señor fiscal, y que se ponga en noticia de su santidad la retencion extrajudicialmente, y por medio de los ministros de S. M. en la córte de Roma.

50 El segundo tiempo es despues de dada la sentencia sobre la retencion, en la cual permite á la parte agraviada, y aun la hace privativa la súplica judicial á su santidad, para que pueda mandar examinar en sus tribunales la justicia y causa de la retencion. Esto es lo que literalmente viene á decir el señor Salgado *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 70. 82. *y siguientes*, y en el *cap.* 13. *desde el n.* 68.

51 Esta doctrina no esta recibida en los tribunales, como se ha demostrado, ni es cierto el hecho que Salgado refiere al *n.* 83. *de la part.* 2. *cap.* 2. *de Supplicat.*, de que en el decreto en que retiene el Consejo las bulas manda que la parte oprimida suplique á su santidad, pues no contiene tal cláusula, y solo sí las siguientes palabras: «Retiénense estas Letras en la forma »ordinaria.»

52 Al segundo artículo acerca del modo, expresion y forma con que hace S. M. la súplica, se puede responder positivamente que está reducida á una noticia sucinta y extrajudicial, comprensiva en general de las bulas ó letras, que por justas causas, examinadas en el Consejo, se han mandado suspender.

53 Esta proposicion ha sufrido graves controversias, pero solo han servido de afianzarla mas en el sentido natural con que se ha usado constantemente de la súplica. El citado real decreto de primero de Enero de 1747, dió motivo por algunas de sus expresiones á una de las mas ruidosas disputas sobre su inteligencia, pues á la letra dice entre otras cosas lo siguiente: «Y por »cuanto asimismo deseo el posible ali»vio de los que traen pleitos y negocios, »es mi voluntad que cada cuatro meses »se me dé cuenta por el gobernador del »Consejo de todos los pleitos, que es»tuviesen conclusos para difinitiva, y »de los sentenciados. Entre estos son »de superior recomendacion los recur»sos, que se introducen por las reten»ciones de Breves y escritos de Roma, »para justificar por este medio la sú»plica á su santidad, y debiendo esta »hacerse á mi nombre por mis Minis»tros en aquella corte, echo menos que »no se me dé por la Sala de Justicia

»aviso formal de los Breves ó Bulas re»tenidas, para poder executar la supli»cacion de ellas, en cuya inteligencia »tendrá en adelante el cuidado que »corresponde, poniendo en mis manos »copia del auto de retencion, con el »pedimento Fiscal para la súplica á su »Santidad, á fin de que remitiéndose á »mi agente en la corte de Roma, pue»da interponerla, y darme cuenta de »haberlo executado, cuya noticia haré »comunicar al Gobernador del Conse»jo, para que lo haga anotar en los »autos de retencion, pues de lo con»trario se expone á no conseguirse el »principal intento de este remedio tui»tivo, que con justa causa dispensa mi »regalía á quien lo implora.»

54 Algunos sabios ministros pararon la consideracion en la advertencia, que hacia S. M., de que no se le daba por la sala de justicia aviso formal de los breves ó bulas retenidas, para poder ejecutar la suplicacion de ellas: que estimando en otra cláusula por de superior recomendacion los recursos que se introducen por las retenciones de breves y escritos de Roma, añade la siguiente: «Para justificar por »este medio la súplica á su Santidad:» que manda á la sala de justicia que ponga en sus reales manos copia del auto de retencion con el pedimento fiscal para los fines que igualmente expresa, y de todo ello inferian que podian otros tomar ocasion para entender que S. M. queria hacer las súplicas á su santidad por medio de su agente en la córte de Roma, con expresion de las causas y fundamentos que justificaban la retencion, y se exponian en el pedimento fiscal, y en este concepto les parecia que podian resultar varios perjuicios á la regalía y al reino.

55 Excitado de estas insinuaciones el reverendo confesor de S. M., puso en su real mano la siguiente representacion: «Ministros de V. M., y puedo »decir de la mayor estimacion, me han »hablado sobre el artículo del último »Real decreto de V. M. dirigido al su»premo Consejo de Castilla, tocante al »modo de suplicar en lo sucesivo de »las retenciones de Bulas pontificias, y »estiman que de lo propuesto á V. M. »sobre este asunto, pueden resultar »graves perjuicios á la regalía y al rei»no. No me meto en la discusion de »puntos tan delicados y superiores, so»lamente soy de parecer de que en »asunto de esta importancia y graves »conseqüencias pudiera V. M., siendo »de su Real agrado, mandar se vea »esta materia en su Real Consejo ple»no, para que consulte á V. M. lo que »le pareciere mas conforme á las leyes »y usos del reino, y mas oportuno »para conservar ilesas de una parte la »debida veneracion de la santa Sede »apostólica, como de la otra las justas »defensas de la nacion.»

56 Condescendió el religioso celo de S. M. al sério exámen propuesto por su confesor; y habiéndolo tomado el Consejo con la mas detenida y profunda reflexion, fué de parecer, conformándose con el de los señores fiscales, que el remedio, que dispensaba S. M. en estos recursos, era tuitivo: que la intencion de S. M. contenida, ó explicada en su citado real decreto de 1.° de Enero, no se dirigia á introducir novedad alguna, sino á que se observase lo establecido por las leyes y por los usos constantes del Consejo, reduciendo el aviso, que mandó dar á la sala de justicia, á una sucinta relacion del recurso introducido por el señor fiscal, de las razones sólidas en que lo fundó, y en cuya consecuencia mandó el Consejo retener las bulas: que la súplica que se habia de hacer á su santidad á nombre de S. M., no tenia parte alguna de judicial, siendo extrajudicial por mera noticia que daba el embajador ó agente de S. M. en Roma de las enunciadas retenciones: que estas súplicas no se hacian con respecto á los casos particulares sino en general, y en el modo, tiempo y forma que indicaba S. M. á su embajador ó ministro, y en que estaban de acuerdo ya las dos córtes; concluyendo que no deseaba S. M. que el aviso de la sala de justicia fuese tan material y á la letra como suena, con la copia del auto de retencion y del pedimento fiscal.

57 Este grave y sério dictámen del Consejo pleno, unido á la soberana re-

solucion de S. M., que fué conforme, no dejan arbitrio para dudar de los artículos indicados en este capítulo: primero que la súplica la hace S. M.: segundo que es extrajudicial con relacion y noticia sucinta de la retencion y de sus causas; y el tercero que no se pide ni espera posterior explicacion de su santidad acerca de que se conforme ó no con los autos del Consejo.

58 Estos mismos pensamientos se habian anteriormente producido y observado siempre en dicho supremo tribunal, y si alguna vez se habia hecho novedad en el estilo y extension del auto de retencion ó en algunas accidentales circunstancias, fueron reclamadas de un modo que no tuvieron efecto. Tal fué el suceso ocurrido al célebre fiscal del mismo Consejo, Gilimon de la Mota, que pretendia se retuviesen bulas, que habia impetrado el duque de Escalona para erigir en la villa de este nombre una iglesia colegial con absoluta exencion de la jurisdiccion ordinaria del arzobispo de Toledo. Con efecto defirió el Consejo á la retencion, poniendo el auto dos calidades nuevas y exorbitantes: la una fué acordar la retencion con la cláusula de por ahora; y la otra mandar que con efecto interpusiese el fiscal la suplicacion ante su santidad dentro de cuatro meses.

59 Reclamó el fiscal las dos enunciadas novedades, y deteniéndose mas en la segunda, expuso que por observancia antigua é inmemorial se habian traido al Consejo diversas letras, conociéndose en él de las causas en que se fundaba la retencion, y que cuando se deferia á ella, quedaba fenecido el recurso con los autos del Consejo, sin haber acudido á su santidad el fiscal ni otra persona á interponer suplicacion, ni hacer otra diligencia, y que siendo este el estado antiguo del conocimiento y determinacion del Consejo en este género de causas, se pretendia alterar con aquella novedad, tan nociva á la regalía que causaria derogacion de todas las disposiciones de las leyes y del real patronato, como lo fundó mas largamente, reduciendo por último su dictámen á que en el dicho caso lo que se debia hacer era todo extrajudicial y de palabra, no en nombre del fiscal, porque nunca se habia hecho, sino en el de S. M. por medio de su embajador, representando á su santidad los inconvenientes de las bulas retenidas, y las razones y motivos que habia para que su santidad lo tuviese por bien, sin escribir nada sobre ello en via judicial, sino tratándolo en la forma que las demas cosas de la embajada.

60 Esta representacion del fiscal fué tan poderosa, que no hay noticia que tuviese efecto la novedad indicada en el auto del Consejo, observándose constantemente el estado antiguo que se refiere, el cual continuó de tal manera que el mismo real decreto de 1.º de Enero de 1747 manifiesta que el Consejo ni aun aviso daba á S. M. de las retenciones, y si alguna vez lo hacia era muy sucinto, dando en esto á entender que ó no tenia por necesaria la efectiva suplicacion ante su santidad, estimando por bastante la que por atencion y respeto á la santa sede hacia el fiscal al mismo tiempo de introducir el recurso, ó que la que se repetia en nombre de S. M. debia ser en breve resúmen, con noticia extrajudicial y de palabra de las retenciones acordadas, indicando los inconvenientes que traeria la ejecucion de las bulas.

61 Esta práctica fundada en las leyes se ha continuado aun despues del citado real decreto de 1.º de Enero, y es otra prueba que autoriza y eleva á una verdad constante la inteligencia que siempre ha tenido esta materia.

62 De ella misma nace como de su raiz y fuente la resolucion segura y positiva del último artículo de los tres que propuse, reducido á saber los efectos que produciria la enunciada retencion y súplica en el caso que no conformándose su santidad con lo determinado por el Consejo, espidiese nuevas bulas en ejecucion de las primeras.

63 El señor Salgado trató de intento este punto en el *cap.* 3. *§. único part.* 1. *de Supplicat.*, concluyendo al *n.* 70., despues de varias digresiones y

doctrinas de otros autores que refiere, que las bulas en que manda su santidad ejecutar las primeras, si contienen manifiestamente el mismo daño público, se deben suspender, suplicando nuevamente á su santidad, y esperar la tercera bula ó disposicion, ibi: *Tandem igitur pro coronide hujus discursus illud adnotandum erit, quod quoties agnoscatur in senatu litteras apostolicas grave damnum, aut scandalum reipublicæ illaturas, aut aliter summum ecclesiæ caput minus plene esse informatum de inconvenientiis, periculo, et damno populi, semel ac iterum sibi posse replicari, ut integre instruatur.* No explica este autor lo que deberia hacerse en el caso de que la tercera bula mandase llevar á efecto las dos primeras, y así ni está por la suspension ni por el cumplimiento.

64 Por una parte considerados sus fundamentos y las autoridades á que se refiere, que son el *cap.* 2. *ext. de Off. et potest. judicis delegat.*, el 5. *de Rescript.* y el 6. *de Præbend. et Dignitat.*, parece que se inclina á obedecer y cumplir la tercera bula: porque reduce la suspension ó suplicacion al único fin de instruir á su santidad, y esperar sobre este mayor conocimiento su resolucion.

65 Por otra parte parece que subsiste en la opinion de que se deben retener las terceras letras por la misma causa del daño público, que obligaron á suspender las anteriores. De otro modo caeria en dos consecuencias, que distan mucho de los principios fundamentales que estableció, reducidos á que el rey usa de este remedio tuitivo pendiente de su propia autoridad, y fundado sobre el conocimiento privativo de las necesidades ó daños públicos de su reino, y que siendo esta la materia de la decision del Consejo, en todo temporal y profana, ni es lícito dudar del testimonio que da el príncipe por los ministros de su Consejo, ni sujetarla á nueva discusion y juicio.

66 Este pensamiento es conforme al que explicaron otros sabios autores. El señor Covarrubias en el *cap.* 35. *de sus Prácticas n.* 6. dice que el fin de suspender la ejecucion de las letras apostólicas es las mas veces instruir con seguridad al sumo pontífice de los daños que causarian á la república; y no dudando que su santidad los enmendaria se excusa de ir mas adelante con la disputa en el caso no esperado de que mandase llevar á efecto las primeras letras, ibi: *Nec enim nobis opportunum est rem istam latius in disputationem, et examen adducere, quippe quibus maxima subsit spes summum Christi Vicarium, ecclesiæ catholicæ caput, et rectorem, his de rebus certiorem factum, ea adhibiturum remedia, quæ sint saluti utriusque reipublicæ spiritualis, et temporalis præstantissima.*

67 En el *cap.* 36. *n.* 3. manifiesta Covarrubias su dictámen, reducido á que se deben suspender las letras apostólicas, aunque sean segundas ó terceras, si contuviesen el mismo daño público que las primeras, pues hablando de las que derogan el derecho del patronato de los legos dice: *Apud Hispanos minime derogationes istæ admittuntur, nec admitti consuevere. Imo suprema Regis tribunalia, et qui regio nomine illic justitiæ ministerio præsunt, statim apostolicas litteras examinantes, propter publicam utilitatem, earum executionem suspendunt, earumdem usum gravissimis pœnis, et comminationibus interdicentes.* Menchaca *Controv. lib.* 1. *cap.* 41. *n.* 26. insiste mas abiertamente en el mismo propósito, como tambien lo hacen otros muchos autores citados por el señor Salgado en el enunciado *cap.* 3. §. *único part.* 1. *de Supplic.*, concluyéndose por todo lo expuesto que la suspension de las bulas se perfecciona y consuma con la autoridad real, conociendo en uso de ella de las causas que ofenden al estado público del reino; y esta es una consideracion que pone en mayor seguridad las que se han indicado acerca de no ser necesario ni conveniente exponer menudamente en la súplica, que se hace á su santidad á nombre del rey, las causas ó inconvenientes que obligaron á suspender las letras apostólicas, y que basta, en señal de la veneracion y acatamiento que se tiene con la santa sede, instruirla de pa-

labra de las suspensiones acordadas por las causas públicas en general, que examinaron y calificaron los ministros de S. M.

## CAPÍTULO XI.

*Del remedio de la retencion de las bulas, ejecutadas antes de proponer el recurso en el Consejo.*

1 El señor Salgado *part.* 1. *cap.* 10. *de Supplicat.* excitó una cuestion muy dudosa y grave, de grande importancia por su objeto, de muy frecuente uso, y desconocida hasta entonces de los sabios, para cuya resolucion ni el grande ingenio de este autor, ni el de otros muchos que consultó, hallaban medio seguro: *Mirabilem hanc quæstionem* (dice al n. 1.) *cum grandis sit, et frequens difficultas ejus, omnes penitus scriptores omiserunt, cujus resolutionem sublimiora doctissimorum senatorum, et advocatorum fœcundissima ingenia in dies torquere videmus; apud neminem tamen (cum eorum plurimos consuluissem) veram potui reperire, varii varia trepide sectantes, cuncti merito perplexi, difficultatibus nodati; quapropter cum summi ponderis sit, habeatque utraque ejus negativa et affirmativa pars validissima fundamenta, accurate et attente nobis tractanda, disputanda, et resolvenda commendatur.*

2 Cual sea esta cuestion, cuales sus dificultades y cual el interes público que recomienda su resolucion, se manifiesta en el progreso del citado capítulo décimo, y reduce Salgado la cuestion á si la retencion de las bulas, ejecutadas por el comisionado, puede enmendar *directe* ó *indirecte* el daño que causaron. Estos son los términos precisos de la duda, y para presentarla con toda la claridad posible, y dar valor á las encontradas opiniones que fomenta, supone por regla de esta materia que el remedio de la retencion es limitado á impedir y suspender el daño público que causarian las bulas, y que no se extiende á reponer ó enmendar el que ha irrogado su ejecucion.

3 *Primo* (dice al n. 35.) *quoniam hoc genus regaliæ, et cognitionis certis finibus concluditur, et est omnino limitatum, ad illumque finem duntaxat tendit, atque fuit inventum, ut impediat executionem literarum faciendam, justa causa accedente, non enim ultra progreditur hoc remedium retentionis.*

4 Continúa el mismo autor con la proposicion antecedente al *n.* 36., y pretende fundarla en los cánones y en las leyes que expresa, y en otros muchos lugares á que se refiere; pero ninguno de ellos está oportunamente traido al intento, pues hablan de unos mandatarios ó ejecutores, que estan obligados á recibir, guardar y cumplir exactamente los fines del mandato, como ley que lleva esta fuerza, desde que sale de la boca de su superior, el cual les permite y manda, por condicion inserta en el mismo mandato, muy conforme á la intencion del legislador, que le informen ó representen los daños que temen de su ejecucion. Esta es una verdad, que se manifiesta notoriamente en el *cap.* 5. *ext. de Rescript.* con lo que sobre él expuso el señor Gonzal. al *n.* 4., en el 6. *de Præbendis*, en las *leyes* 29. *y siguiente*, *tit.* 18. *Part.* 3., en las del *tit.* 14. *lib.* 4. *de la Recop.*, y mas estrechamente en el *auto* 60. *tit.* 4. *libro* 2.

5 El rey usa de un poder supremo, independiente y necesario para llenar su primitiva obligacion de proteger y defender su reino. Si el remedio se anticipa al mal, será mas oportuno, pero no está limitada la autoridad real al medio de impedir y suspender el daño. ¿Cómo podria el rey tolerar el sucedido, ni dilatar su remedio, ó buscarlo en agena mano? Esta notable diferencia convence la que hay entre un comisionado ejecutor y un principal autorizado con el mas alto poder para defender de todo insulto y violencia su casa y estados, ya se tema, ó ya se padezca.

6 Esta sola reflexion deshace todo el aparato tan declamado por el señor Salgado en sus intrincadas dificultades, y manifiesta que no las hay en la resolucion positiva de que reteniéndose la bula, aun despues de ejecutada,

se repone y enmienda derechamente por efecto del mismo decreto de retencion, el daño que habia causado, sin necesidad de recurrir á medios indirectos y extraordinarios, como son los que ideó el señor Salgado para salir del laberinto en que se entró voluntariamente, demostrándose por las doctrinas que él mismo establece la que dejó sentada acerca de que el poder real es suficiente para enmendar derechamente con la retencion de la bula el daño que hubiese causado su ejecucion.

7 Funda su opinion este autor desde el *n.* 32. *al* 83., reducida, como se ha dicho, á que el auto de retencion no tiene influjo ni efecto alguno en las bulas ejecutadas, y á esta regla pone al *n.* 84. la limitacion siguiente: *Hanc tamen nostram opinionem limitabis, ut non procedat, quando pendente hoc recursu ad Regem, et dum in senatu disceptatur super cognitione, et examine causæ legitimæ retentionis, pars vel originalium literarum virtute, vel earum copia, irruat, et tanta furoris audacia attentaverit possessionem apprehendere, et illas exequi: quia tunc procuIdubio poterit senatus attentatum illum violentum reponere, ne forte perveniatur ad scandalum.*

8 Todas las autoridades y razones que espone para justificar la limitacion antecedente, militan con mayor influjo en las bulas que se ejecutan antes de ser presentadas al Consejo, y de obtener el *placito regio*: porque el ejecutor que anticipa sus procedimientos, desprecia la ley, y hace á su autor el mas punible agravio que señalan las mismas leyes, mandando se proceda á su castigo con las penas que se expresarán al fin de este discurso. ¿Qué diferencia pues hallará el señor Salgado entre el desacato que hacen á la autoridad del Consejo los comisionados, que ejecutan las bulas despues de presentadas ó traidas á él, y la que irrogan á la de las leyes en no cumplir con la presentacion, ni esperar el real beneplácito? Y si en el caso primero confiesa el mismo Salgado que el Consejo, retenida la bula, puede hacer reponer su intempestiva y precipitada ejecucion, considerando en el comisionado notorio defecto de potestad, y por consecuencia nulos y atentados sus procedimientos, de mero hecho sujeto por su calidad de temporal á la jurisdiccion real, por las mismas razones debió entenderlos comprendidos en la fuerza de la retencion de las bulas, que se ejecutaron con desprecio de las leyes y de la autoridad real, y con daño y escándalo público, sin necesidad de mendigar su remedio por otras vias artificiosas, como lo son notoriamente las que indica al *núm.* 89., reducidas á que la parte ó el fiscal comparezcan ante el comisionado, y pidan que reponga la ejecucion de la bula, y apele de lo contrario, y use en su defecto del recurso de fuerza en no otorgar.

9 A este recurso extraordinario atribuye cierto influjo que distribuye por partes: en la primera dice que el comisionado debe reponer la ejecucion, porque fué nula, atentada y violenta, por las causas que ya se han referido, y añade que la apelacion tiene lugar en este caso, porque aunque su efecto sea limitado á suspender los procedimientos del juez despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer, comprende igualmente aquellos procedimientos atentados, nulos y violentos, que solo existen en lo material y de mero hecho temporal, cuales son los que hace el comisionado ejecutando las bulas, antes de presentarse en el Consejo, y de obtener el pase ó *placito regio.*

10 Pues si esto es así, y el Consejo por el medio de la fuerza y en uso de su autoridad real obliga á reponer todo lo obrado por el comisionado apostólico, quedando la bula en el primitivo estado con que llegó á sus manos, ¿qué embarazo puede tener la misma autoridad real, calificada la causa de la retencion, para hacer reponer como atentado y violento cuanto en ejecucion de la bula habia obrado, antes de presentarla al Consejo, el citado comisionado?

11 En este supuesto, pues yo no descubro razon de diferencia entre los dos casos indicados, ¿á qué fin se han de variar y multiplicar los recursos, debilitando en el de retencion la suprema

autoridad real que ejercita el Consejo como recibida de S. M., para desempeñar la mas alta regalía, que consiste en proteger y defender á su reino de las turbaciones, escándalos y cualquiera otro daño público? Esta es la doctrina admitida y observada constantemente por el Consejo, sin que haya ejemplar de haber usado de la del señor Salgado en el caso que propone.

12 Las leyes establecidas para impedir y precaver el daño público, por cualquiera parte que venga, no limitaron los medios de lograr el importante fin de la natural defensa: unas aperciben á los contraventores con la ocupacion y secuestro de sus bienes temporales: otras pasan á declarar su perdimiento y aplicacion; y últimamente proceden algunas á privarlos de su naturaleza, extrañándolos de estos reinos.

13 Por este órden bien conocido en las leyes, que se han recordado tantas veces en estos discursos, se manifiesta la moderacion con que ejercitan los reyes la natural defensa de su reino, conteniéndose en los medios que exige la necesidad, para asegurarla cumplidamente. Tambien se demuestra por el uniforme objeto de las mismas leyes que su obligacion se extiende generalmente á todos los ciudadanos, sean seculares ó eclesiásticos, y que con unos y otros se deben ejercitar las penas señaladas en ellas, cuando contravienen y son rebeldes á su cumplimiento. Esta es una proposicion fundada en máximas de buen gobierno público, que no admite la menor duda, confirmándose con ella la que se ha indicado, de que la autoridad real no está limitada á impedir ó suspender el daño público, sino que se extiende tambien á relevar á los ciudadanos del que esten padeciendo, tomando las oportunas providencias para que no continúe.

14 Examinando por su órden el que dan las leyes, señalan en el primero la ocupacion y secuestro de los bienes temporales, y en el segundo su perdimiento y destino, y uno y otro se gobierna por una misma regla, ajustada á los límites de la suprema potestad real.

15 Es comun tambien su uso en los bienes temporales de los clérigos y de los legos: porque el título primitivo fué concedido generalmente á los hombres por esta mayor dignidad, á la cual era consiguiente en el órden de la naturaleza, como lo fué en el de la Providencia divina, que sujetase á su arbitrio y dominacion las demas cosas inferiores y menos perfectas, segun se manifiesta en el *cap.* 1. *vers.* 26. *del Genes.*, y en el *cap.* 9. *vers.* 2. *y* 3., en el *Salmo* 8. *vers.* 8., y en el 113. *vers.* 16., y lo expone san Ambrosio *Officior. lib.* 1. *cap.* 28., y santo Tomás *Secund. secund. q.* 64. *art.* 1.

16 El segundo título procedió del unánime tácito consentimiento de las gentes, que conociendo por experiencia que el uso y comunidad negativa del dominio hacia debilitar los esfuerzos hácia el interes público, eligieron por medio mas oportuno establecer el goce de la propiedad, del cual fueron dimanando los diferentes especiosos títulos, que señalaron y autorizaron los legisladores por mas convenientes á la tranquilidad y gobierno de su estado, dando al mismo tiempo forma para evitar toda duda en su legitimidad. Por consecuencia de los dos enunciados títulos comunes á todos los hombres, reconocen los eclesiásticos en la mano real un mismo poder para disponer de los bienes temporales en los casos que permiten las leyes, ya pertenezcan á clérigos ó á legos: porque siendo una misma la causa y título de adquirir, nacido de la mano real, debe estar pendiente de la misma la suspension y revocacion de todos los efectos civiles del dominio, por la regla de que todas las cosas se deshacen por las mismas causas y principios de donde nacen.

17 De la capacidad de los clérigos para adquirir, poseer y gozar en pleno dominio bienes temporales como los legos, y que en unos y otros procede esta de la que les dispensan los reyes, disponen con uniformidad los cánones y las leyes, y la confirman los mas graves autores, concediéndoles entera y libre disposicion en todos los que proceden de herencias, donaciones y otros títulos civiles, como se manifiesta por la *ley* 3. *y siguientes tit.* 21. *par-*

tida 1.: *ley* 34. *Cod. de Episcopis, et Clericis*: *Autent. colac.* 9. *tit.* 6. *Novel.* 123. *cap.* 19.: concilio de Cartago III año de 397, canon 49.: concilio Toledano IX año de 655, canon 4. y otros muchos. San Agustin se explica mas abiertamente, cuando refutando y convenciendo los sentimientos de los donatistas, les dice en su tratado 6. *in Joannem cap.* 1. lo siguiente: *Quo jure defendis villas, divino an humano? Respondeant, divinum jus in Scripturis habemus, humanum jus in legibus Regum. Unde quisque possidet, quod possidet, nonne jure humano? Nam jure divino, Domini est terra et plenitudo ejus*; *et* ibi: *Jure tamen humano dicit, hæc villa mea est, hæc domus mea, hic servus meus est. Jure ergo humano, jure Imperatorum. Quare? Quia ipsa jura humana per Imperatores et Reges sæculi Deus distribuit generi humano*; *et* ibi: *Sed quid mihi est Imperator? secundum jus ipsius possides terram, aut tolle jura Imperatorum, et quis audet dicere, mea est illa villa, aut meus est ille servus, aut domus hæc mea est?*

18 En los que adquieren bienes por el ministerio y servicio de la Iglesia, aunque estos conserven la calidad y naturaleza de temporales, quisieron algunos entorpecer el uso de la autoridad real para la ocupacion, secuestro, perdimiento y aplicacion, que imponen las citadas leyes, y otras que hablan de diversos casos.

19 Consta por varios papeles que el cardenal arzobispo de Toledo, y el nuncio de su santidad, pusieron dos fuertes representaciones en manos de S. M. con motivo del estrañamiento, y ocupacion de temporalidades de algunos eclesiásticos, ejecutada en el año de 1707, quejándose de haber comprendido en ella hasta los frutos y rentas de las prebendas y beneficios que gozaban dichos eclesiásticos; pero se convenció y despreció como infundada la enunciada contradiccion con las sólidas doctrinas, que expuso el señor fiscal del Consejo Don Alvaro José de Castilla.

20 La *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 6. lib. 5. de la Nov. Recop.) llama abiertamente bienes temporales los frutos, que por razon de diezmo perciben los sacerdotes para su manutencion. La *ley* 145. *tit.* 15. *lib.* 2. *de la Recop. de Ind.* da el mismo nombre aun á los que reciben los obispos por razon de su dignidad y ministerio, declarando que se comprenden bajo la pena de temporalidades, y que por tales son habidos y tenidos, disponiendo en su consecuencia que las audiencias puedan secuestrarlos, cuando los casos lo pidieren. En la real pragmática, publicada en 2 de Abril de 1767, para el extrañamiento de los regulares de la Compañía, se manda entre otras cosas que se ocupen todas sus temporalidades en estos dominios; y en el *cap.* 3. de la misma pragmática se declara que en la ocupacion de las temporalidades de la Compañía se comprenden sus bienes y efectos, así muebles como raices ó rentas eclesiásticas, que legítimamente posean en el reino, sin perjuicio de sus cargas, mente de los fundadores, y alimentos vitalicios de sus individuos; y en este mismo concepto proceden los autores mas graves que trataron de este punto, señaladamente el señor Covarrub. *Variar. lib.* 1. *cap.* 17.: Larrea *allegat.* 27.: Crespi *observat.* 3., y otros que estos refieren.

21 En la ocupacion de las temporalidades de los clérigos no vienen las posesiones y bienes que pertenecen á las mismas iglesias en que sirven, aunque perciban por su ministerio los frutos que produzcan. De esta proposicion se deduce la duda de si en la ocupacion de estas temporalidades se deberán comprender los frutos pendientes de los predios, que no habian cogido los clérigos al tiempo del secuestro, y de la ocupacion decretada por S. M. ó sus tribunales.

22 Fúndase esta duda en la sentencia del jurisconsulto Gayo *in lege* 44. *ff. de Rei vindicatione*; ibi: *Fructus pendentes pars fundi videntur*; y así como el fundo por ser de la Iglesia, y no pertenecer al clérigo que se supone delincuente, no se incluye en su ocupacion, tampoco puede hacerse de la parte que consiste en los frutos pendientes.

23 La letra de la citada ley 44. ma-

nifiesta que los frutos pendientes no son verdadera parte del predio, pues se explica con la voz *videntur*, que denota impropiedad. El señor Covarrubias *lib.* 1. *Variar. cap.* 15. *n.* 1. y Lagunez *de Fructibus part.* 2. *cap.* 4. *y* 7. confirman la impropiedad incada, y explican los efectos y fines en que se consideran como partes del fundo. Por otra parte la ocupacion no se consuma con el primer acto, sino que se va repitiendo en todos los casos, en que habia de percibir y hacer suyos el clérigo delincuente los frutos, y en este punto entra á ocuparlos la mano real, como si en aquel momento se repitiese la sentencia.

24 Las rentas temporales de los beneficios eclesiásticos, que se ocupan á los clérigos, pasan á la mano real con sus nativas obligaciones, las que deben cumplirse del mismo modo que las cumpliria su poseedor. Algunos autores limitan las facultades de los clérigos á las de meros administradores y dispensadores en causas pias de todo lo que les sobra, deducido lo necesario á su moderada sustentacion, con tan estrecha obligacion de justicia que los sujeta en su defecto á la restitucion: Navarro *tract. de Redditib. Ecclesiast. in cap. Quoniam quidquid caus.* 16. *q.* 1.: Cardin. Cayet. *ad Div. Thom. Secunda secundæ quæst.* 185. *art.* 7., confirmando esta sentencia con la autoridad del santo Concilio de Trento *in cap.* 1. *ses.* 25. *de Reformat.*: *ley* 12. *tit.* 28. *Part.* 3. ibi: «Porende les fué otorgado, que de »las rentas de la Eglesia, é de sus here»dades, oviesen de que vevir mesurada»mente; é lo demas, porque es de Dios, »que lo despendiesen en obras de pie»dad; así como en dar á comer, é á »vestir á los pobres, é en facer criar »los huérfanos, é en casar las vírgenes »pobres, para desviarlas que con la po»breza non ayan de ser malas mugeres, »é para sacar captivos, é reparar las »Eglesias, comprando cálices, é vesti»mentas, é libros, é las otras cosas de que »fueren menguadas, é en otras obras »de piedad semejantes destas:» *Concil. Tolet. anno* 1324, *can.* 5., con otros diferentes capítulos en el título *de Peculio Clericorum*, y en el *de Testamentis*.

25 Otros autores convienen con la sentencia referida, con la sola diferencia de considerar responsables á los clérigos por un motivo ó ley de caridad, aunque mas estrecha que la de los seculares, á distribuir las rentas de sus beneficios en causas pias, sin gravarlos con la restitucion en caso de no hacerlo: *Div. Thom. Secunda secundæ quæst.* 185. *art.* 7. ibi: *De his autem quæ sunt specialiter suo usui deputata, videtur esse eadem ratio, quæ est de propriis bonis, ut scilicet propter immoderatum affectum et usum peccet quidem, si immoderatè sibi retineat, et aliis non subveniat, sicut requirit debitum charitatis*: Covarrub. *in cap.* 7. *de Testam. n.* 9. *et seq.*: Soto *de Just. et Jure q.* 4. *art.* 3. *y* 4., con otros muchos que la signen por mas probable y y fundada.

26 La privacion de naturaleza á los que contravienen á las leyes, y son rebeldes á su cumplimiento, es otra de las penas, que imponen los señores reyes á los que traen y usan de bulas contra lo dispuesto en las que tratan de esta materia; pues aunque el hecho de nacer sea invariable, sus efectos civiles para adquirir beneficios y rentas eclesiásticas, y otros honores de la república, son temporales, nacen de la mano real como de causa próxima, y estan subordinados á su derogacion: Antunez *de Donat. lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 31. ibi: *His præhabitis, accedendo ad nostram quæstionem, prænotare oportet, quod originis constitutio, licet sit juxta naturam, non tamen est à natura, sed à jure civili*: Pereyra *de Manu regia, lib.* 2. *cap.* 56. *n.* 7. ibi: *Unde fit, quod cum naturalitas sit res natura sua temporalis, quæ Principis secularis subest imperio, sicut ipse potest à sua republica seditiosum clericum expellere, sic pariter eumdem naturalitate privare, tanquam antecedens necessarium ad ipsam expulsionem; et in vers. sequenti*, ibi: *Cumque hæc naturalitas in manu Principis secularis sit, data justa causa, ipse eam auferre potest, et denegare subditis*: Salcedo *de Leg. polit. lib.* 2. *cap.* 18.: Amaya *in leg.* 7. *Cod. de Incolis.*

27 Debe advertirse, para remover

toda duda, que aunque la habilitacion para obtener beneficios eclesiásticos nace de la naturaleza civil que conceden los príncipes seculares, faltando esta por la privacion, no por eso pierden los que habian adquirido, y esto por dos razones: la primera porque las leyes ó providencias hacen su efecto en lo venidero, pero no destruyen lo pasado, especialmente cuando ha tenido su cumplido efecto, como sucede en los beneficios adquiridos: la segunda, porque la habilitacion de la naturaleza civil es una causa preparatoria remota de la adquisicion de los beneficios, pues la próxima y formal consiste en la ordenacion, institucion y colacion, correspondientes á los ordinarios eclesiásticos, y solo por su mano pueden ser privados de ellos con justa causa, examinada y probada en juicio.

28 La *ley* 13. *tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 12. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Recop.) parece que se opone á las doctrinas referidas, pues dice lo siguiente: «Por cuanto en estos Reynos »ay costumbre muy antigua, que en »los bienes, que los Clérigos de Orden »Sacro dexaren al tiempo de su muer»te, aunque sean adquiridos por razon »de alguna Iglesia, ó Iglesias, ó Bene»ficios, ó rentas Eclesiásticas, se suce»da en ellos *ex testamento* y *ab intes»tato*, como en los otros bienes que »los dichos Clérigos tuvieren patrimo»niales, avidos por herencia, ó dona»cion, ó manda, mandamos que se »guarde la dicha costumbre.»

29 Pues si los bienes ó rentas eclesiásticas, en el sobrante á la manutencion de los clérigos, se deben distribuir en pobres y otras causas pias, por rigurosa obligacion de justicia segun la sentencia de algunos autores, ó por la de caridad segun otros, conviniendo en que sino lo hacen, pecan mortalmente; ¿cómo podrá darse un principio racional, cual es necesario para que empiece la costumbre, y reciba la autoridad y fuerza de ley? Con superior razon podrá llamarse corruptela, tanto mas punible cuanto sea mas largo el tiempo que se ha usado, conforme al capítulo último *extr. de Consuet.*, y á lo que repite el señor Gonzalez en su comentario, y así lo entendió Gregorio Lopez á la *ley* 40. *tit.* 5. *part.* 1. *glos.* 6. *in fine*, ibi: *Vides etiam fundamentum consuetudinis in hoc prætensum, quam fragile sit, cum sit in præjudicium ecclesiæ, et pauperum, et potius dici corruptelam, et seminarium vitiorum, quam consuetudinem*: Acevedo *in dicta lege* 13. *tit.* 8. *lib.* 5. *n.* 3. Hay ademas otra razon mas poderosa para impedir los efectos de esta que llaman costumbre, y consiste en que daria ocasion á los clérigos para delinquir, no distribuyendo los sobrantes de sus beneficios á los pobres y causas pias, como es de su obligacion, sino que los retendrian hasta el tiempo de su muerte, por cuyo medio no pudiendo dejárselos en vida, se verificaria que lo que se les prohibia por un medio, se les concedia por otro.

30 Aunque la razon indicada por estos autores podia á lo menos hacer dudar del valor de la enunciada costumbre, concurren á sostenerla otras mas poderosas: la primera consiste en la utilidad pública del estado, pues con la muerte de los clérigos ocupaban sus herederos todos los bienes que dejaban en el concepto de ser patrimoniales, ó porque con los de esta especie se habian mantenido aquellos, conservando los que producian de rentas eclesiásticas, que debian subrogarse en lugar de los otros, y con su propia naturaleza.

31 Las iglesias no serian menos diligentes en ocupar los bienes de los clérigos en el momento de su muerte en todo ó en la parte que pretendiesen proceder de rentas eclesiásticas, de donde resultarian crecido número de pleitos, controversias y riñas que turbarian la república, y se harian inexplicables las decisiones.

32 La segunda razon, que hace racional la enunciada costumbre, consiste en que produce una presuncion poderosa de que los clérigos han cumplido en vida la distribucion del sobrante de sus rentas eclesiásticas en socorrer pobres y otras causas pias con arreglo á cánones y leyes; y esta misma presuncion, que tanto les favorece, hace entender que los bienes que de-

jan al tiempo de su muerte pertenecen á la clase de patrimoniales, de los cuales pueden disponer libremente, ó en su defecto lo hace la ley á favor de sus parientes.

33 Últimamente se tendria en consideracion, para dar valor á la enunciada costumbre, que prescribiéndose por derecho positivo, canónico y real la distribucion en causas pias del sobrante de rentas adquiridas por razon de iglesia ó beneficio, el consentimiento, que prestan los legisladores á dicha costumbre, dispensa ó deroga para aquel caso los cánones y las leyes generales.

34 Llegando al término de corregir la rebeldía, y de contener la turbacion que causarian los eclesiásticos, no obedeciendo ni cumpliendo las leyes que disponen lo conveniente acerca de las bulas, señalan su extrañamiento, y proceden á ejecutarlo por los medios mas decorosos y atentos, sin tocar en sus personas, en lo cual obran los señores reyes con autoridad propia sobre una materia temporal, como lo es el territorio de un reino: *ley* 1. *tit.* 11. *Part.* 2., ibi: «Mas aun á la tierra misma, de que es Señor:» Ramos *ad leg. Jul. et Pap. cap.* 47.: Salcedo *de Leg. polit. lib.* 1. *cap.* 10.: Bobadilla *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 62.: Pereyra *de Manu reg. lib.* 1. *tit.* 12. §. 6. *cap.* 12. *n.* 9.: Cirinus *Nex. rer. ecclesiast. cap.* 1.

35 En esto siguen el ejemplo de la Iglesia, que separa los rebeldes y contumaces del resto de los cristianos con los dos fines, que manifiestan los establecimientos que tratan de las censuras: uno para que se corrijan y confundan los mismos contumaces, y se aprovechen de esta medicina saludable para volver mas humildes y enmendados al gremio de la Iglesia: otro para que no se corrompan las buenas costumbres de los cristianos con el ejemplo y trato de los contumaces, viniendo á demostrarse por todos los medios y modos explicados la justa moderacion con que usan los reyes de su alta potestad en defensa de sus reinos para conservar su tranquilidad.

## CAPÍTULO XII.

### *De las fuerzas en los espolios y vacantes de los arzobispados y obispados de España.*

1 Habiéndose demostrado en el capítulo primero, parte primera que la potestad que tenian los hombres en el estado natural para defenderse de las opresiones y violencias que otros les hacian, es la misma que tienen los reyes, autorizada por el derecho natural y divino, es consiguiente la obligacion de impartir su proteccion y defensa á los oprimidos por los jueces públicos de su reino. Este es sin contestacion el primer oficio de los reyes, pero como no es posible llenarlo cumplidamente por sí solos, lo desempeñan encomendando este encargo, acompañado del poder competente, al Consejo, chancillerías y audiencias, por la importancia y gravedad de estos negocios, los cuales se distribuyen segun sus clases, en la forma en que se ha explicado en diferentes capítulos de esta obra, y consta por menor de las leyes reales que se han citado, y del uso y práctica de los tribunales, que aplauden unánimemente muchos y muy graves autores. Tales son los testimonios que acreditan la potestad concedida por S. M. á los referidos tribunales para el ejercicio de alzar las fuerzas, sin exceder los límites que les estan señalados en todo su progreso.

2 De las fuerzas correspondientes á espolios y vacantes no hacen memoria las leyes antiguas, ni los autores que trataron de esta materia.

3 El *auto* 5. *tit.* 8. *lib.* 1. (Ley 18. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.), su fecha 3 de Junio de 1630, pone dos restricciones á las facultades que traia el breve y comision de su santidad, dada á monseñor Monti, nuncio y colector general de la cámara apostólica en estos reinos: una en cuanto á la cláusula, en que inhibia con censuras al Consejo y á los jueces por él nombrados, del conocimiento de las causas de espolios; y otra en cuanto prohibia bajo de censuras que en las referidas causas de espolios y demas

pertenecientes á la colecturía de la cámara, se recurriese por via de fuerza al Consejo, chancillerías y audiencias, ni se diesen provisiones ordinarias para traer autos, en que se pretendiese haber hecho fuerza, quitando el remedio y recurso de ellas á los vasallos, así eclesiásticos como seculares.

4 Con estas restricciones quedó sin efecto el breve en las dos cláusulas referidas, y expedito el recurso de fuerza contra la que hiciesen los nuncios en las causas de espolios y vacantes, siendo esta la primera vez que las leyes hacen memoria de semejante fuerza. Y aunque suponen que podian introducirla los vasallos, así eclesiásticos como seculares, no señala su principio por disposicion alguna anterior, ni que se hubiese usado de este remedio.

5 El *auto* 8. *del mismo tit.* 8. *lib.* 1., su fecha 15 de Julio de 1644, manda que las bulas y breves apostólicos despachados en cabeza del arzobispo de Tarso, para ser nuncio apostólico y colector general de estos reinos, se le devuelvan para que use de ellos, excepto en cuanto á las cláusulas del breve de colecturía, que miran á impedir la jurisdiccion real que el Consejo tiene para conocer de los espolios de los prelados de estos reinos, y en cuanto á las cláusulas que asimismo impiden los recursos al Consejo y á los demas tribunales de S. M., á donde por costumbre inmemorial y leyes de estos reinos pertenecen.

6 No explica este auto la calidad de los recursos que pretendia impedir el breve; pero no podian ser otros que los de fuerza expresados en el auto anterior 5., manifestándose mas esta inteligencia del contesto del mismo auto 8., cuando dice que suspende la ejecucion del breve en cuanto á las cláusulas referidas, y admite la suplicacion en cuanto haya lugar de derecho, y sea necesario para la continuacion de los derechos, regalías y posesion de S. M.

7 En otra cláusula del referido auto se descubre mas la verdad de este pensamiento, pues hablando de restringir el breve, en cuanto impedia los recursos al Consejo y á los demas tribunales de S. M., continúa con la siguiente: «A quien por costumbre inmemorial, y leyes de estos reinos pertenecen;» y esta explicacion es conforme á la que hacen las leyes en los recursos comunes de fuerza.

8 Pero si es cierto que por costumbre inmemorial y leyes de estos reinos pertenece al Consejo admitir y conocer de los recursos de fuerza en las causas de espolios y vacantes, no podria correr la proposicion sentada al principio de este capítulo, de no haber memoria en las leyes antiguas, ni tampoco del uso y práctica de los tribunales en cuanto á esta especie de fuerza. Sin embargo de esta aparente contradiccion, ninguna hay en realidad en las proposiciones referidas, pues la primera procede de hecho en las dos partes que contiene; esto es, que no hay ley antigua que declare, ni encomiende el conocimiento de estas fuerzas en materia de espolios y vacantes, ni se usó de este remedio en lo antiguo; y lo que es mas que no podia usarse, ni era necesario, por no intervenir en ellas los nuncios y colectores de la cámara apostólica ni otro juez alguno eclesiástico, como se demostrará por su orígen, reflexionando sobre los dos tiempos que contiene; es á saber, el del inventario, administracion y custodia de los bienes y rentas que se llaman espolios, pertenecientes á las mitras, al fallecimiento de los muy reverendos arzobispos y obispos de estos reinos, y el de su distribucion en los fines piadosos que señalan los cánones y las constituciones apostólicas.

9 El dean y cabildo de las catedrales daban noticia al rey de la muerte de su prelado, haciéndole dos reverentes súplicas; una que les permitiese elegir sucesor; y otra que entretanto se encargase de la guarda y buena administracion de los bienes y rentas que dejaba el difunto prelado, llamadas espolios, y de las que se devengasen en el tiempo de la vacante.

10 A estas dos pretensiones condescendia inmediatamente el rey, envian-

do para cumplimiento de la segunda una persona conocida por la denominacion del «hombre del Rey,» porque llevaba sus facultades y jurisdiccion para ocupar y recibir, precedido el inventario, los bienes y rentas pertenecientes á la mitra, así en tiempo del difunto prelado como en el de su vacante, exigiéndolas de sus deudores, mayordomos, administradores ó arrendatarios, y teniéndolas en segura custodia, hasta que las entregaba al prelado sucesor, para que las distribuyese en los piadosos fines que señalan los cánones.

11 Este es el órden que de tiempo inmemorial observó la Iglesia en reconocimiento de la suprema autoridad real, habiendo continuado el mismo sin intermision hasta el presente. La *ley* 18. *tit.* 5. *Part.* 1. prueba por sí sola los antiguos establecimientos, y su inalterable observancia en el órden y fines explicados: «Antigua costumbre (dice) fué de España, é duró todavía, é dura oy dia, que quando fina el Obispo de algun lugar, que lo face saber el Dean, é los Canónigos al Rey, por sus mensageros de la Eglesia, con carta del Dean, é del Cabildo, como es finado su Perlado, é que le piden por merced que le plega, que ellos puedan facer su eleccion desembargadamente, é que le encomiendan los bienes de la Eglesia: é el Rey deve gelo otorgar, é embiarlos recabdar, é despues que la eleccion ovieren fecho, preséntenle el elegido, é el mándele entregar aquello que rescibió.»

12 Si el tiempo en que se hizo y publicó esta ley da testimonio de la antigua costumbre, continuada sin intermision hasta entonces, de las súplicas que la misma ley refiere en las vacantes de obispados, y de la autoridad que en las dos partes pertenecia al rey, no es necesaria otra alguna prueba de los hechos constantes que supone y expresa; pero ellos fueron tan ciertos y señalados, que los recuerdan muchas veces los historiadores.

13 El maestro Gil Gonzalez de Avila, en el *Teatro eclesiástico de la santa Iglesia de Oviedo al folio* 41. dice: «En el año siguiente de 1255, el Rey Don Alonso hace una merced á la Catedral de Oviedo en esta forma: Por gran sabor, que he de facer bien, é merced á la Iglesia Catedral de Oviedo, y al Cabildo de este mismo lugar, otorgo y establezco de aquí adelante, para siempre jamas, que cada que muriere el Obispo de la sobredicha Iglesia, que todas las cosas, que uviere á la sazon que finare, que finquen salvas, é seguras, en juro, é en poder del Cabildo; é que ninguno no sea osado de tomar, nin de forziar, nin de robar ninguna cosa dellas. Otrosí, mando y otorgo, que el ome mio non tome, nin robe ninguna cosa de las que fueren del Obispo, mas que las guarde, y que las ampare con el ome, que el Cabildo diere para guardarlas, para el otro Obispo que viniere. E esto otorgo por mí, é por los que reinaren despues de mí en Castilla y Leon.»

14 Esta merced ó privilegio no contiene otra cosa que la confianza que el rey hizo del cabildo, poniendo en su guarda y poder las cosas del difunto obispo, sin darle derecho ni propiedad en ellas, pues debia entregarlas al sucesor, concurriendo á la recaudacion y proteccion de los bienes y rentas del difunto obispo el hombre que nombraba el rey; y lo mas que se permitia al cabildo, por gracia y merced de los mismos reyes, era que nombrase otro que asistiese con el de S. M. al propio efecto de recaudar y poner en segura custodia los bienes del prelado difunto.

15 Esto mismo consta de otro igual privilegio concedido en el año de 1254 á la iglesia de Palencia, del cual hace memoria la historia de Palentina manuscrita.

16 Tambien consta por otro privilegio de 15 de Octubre de 1255, que el mismo rey Don Alonso concedió á la iglesia de Astorga, que así como el rey enviaba un hombre á recoger la hacienda del obispo muerto, pudiera tambien el cabildo poner otro para que con el del rey la recogiese, y tratándose en este privilegio de la aplicacion de las cosas que dejaba el Obispo, dice que la mitad de ellas sea para el cabildo, y la otra mitad para

que el nuevo obispo ponga su casa.

17 El obispo Sandoval en el catálogo de los de Pamplona, fol. 128. y siguientes, refiere que por la muerte de sus obispos nombraba el cabildo administradores ó mayordomos para que recogiesen los bienes y rentas vencidas y las que se venciesen en el tiempo de la vacante, y para que se entregasen con seguridad al sucesor, lo cual habian hecho por uso y costumbre antigua; y pudiera tambien decir que lo ejecutaban, y habian ejecutado en conformidad de lo que disponen los concilios y las constituciones apostólicas.

18 El concilio Calcedonense general, celebrado en tiempo de Leon I, año de 451, cánon 25., dice, *Redditus vero ejusdem viduatæ ecclesiæ integros reservari, apud œconomum ejusdem ecclesiæ, placuit.* El Lateranense II general, celebrado el año de 1239: *Illud autem quod in sacro Chalcedonensi constitutum est Concilio, irrefragabiliter conservari præcipimus, ut videlicet decedentium bona episcoporum à nullo omnino hominum diripiantur, sed ad opus ecclesiæ, et successoris sui in libera œconomi, et clericorum permaneant potestate.*

19 Estos ecónomos ó administradores debian ser en lo general personas eclesiásticas, nombradas por el dean y canónigos de la misma iglesia vacante, como lo indican los citados concilios, y se prueba por otras disposiciones canónicas que refiere el señor Gonzalez sobre el *cap.* 4. *ext. de Officio judicis ordinarii.*

20 Esta regla no procede en los obispados de España por la costumbre antigua y general, que refiere la citada *ley* 18. *tit.* 5. *Part.* 1., que no podia extenderse en lo antiguo á la catedral de Pamplona, y era preciso que se arreglase al derecho comun en el nombramiento de ecónomos ó administradores de los bienes que dejaban los obispos al tiempo de su muerte, y de los que se causaban en el de su vacante.

21 Porque en estos tiempos de que se va hablando, no estaba el reino de Navarra ni su iglesia catedral en los dominios de España, siendo cosa notoria y sabida de todos que fué adquisicion del señor rey católico Don Fernando V, por los justos y relevantes títulos, que examinados segunda vez, calificaron la justicia de su retencion, fundada principalísimamente en el legítimo de su conquista: Mariana *Historia de España, lib.* 30. *cap.* 12.: Palacios-Rubios *en su tratado de Obtentione, et Retentione Regni Navarræ*: Solorzano *de Jure Indiarum, lib.* 2. *cap.* 20. *num.* 63., con otros muchos que refiere.

22 Aunque faltasen los testimonios que suministra la citada ley de Partida, los documentos que refieren los historiadores, y lo que afirman sobre esta materia muchos autores en prueba de la suprema autoridad real para ocupar, administrar y conservar las rentas pertenecientes á la mitra vacante por los dos tiempos referidos, se convenceria por razones sólidas la obligacion que han tenido y tienen los reyes de poner la mano en los bienes que dejan los obispos, y en los que se causan en sus vacantes, para que no se disipen, y se entreguen íntegros al sucesor, despues de satisfechas las obligaciones de justicia, contraidas en tiempo del obispo difunto, y en el de la vacante.

23 Los bienes y rentas producidas en vida del obispo, y las que corresponden á la mitra en el tiempo de su vacante, ya sean decimales ó de cualquiera otra especie, son en sí mismas temporales y profanas, como se ha demostrado por las leyes y por autoridad de graves autores en el capítulo anterior, y en otros diferentes lugares de esta obra, comprendiéndose por su naturaleza y calidad en la ocupacion de sus temporalidades, cuando la permiten y mandan hacer las leyes, sin diferencia entre ellas y los bienes patrimoniales.

24 Esta es una razon que por sí sola demuestra la obligacion de los reyes á cuidar de que no se disipen por el interes mismo de la república y de sus vasallos, y efectivamente lo hacen proveyendo de tutores y curadores á los pupilos, á los menores de edad, á los

pródigos y furiosos, y á todas las demas personas que por cualquiera causa no puedan regir y gobernar sus bienes como se debe y conviene en utilidad del estado, en cuya clase estan igualmente los ausentes que no han dejado administradores idóneos.

25 Pues si con la muerte del obispo quedan sus bienes desamparados y expuestos á la invasion, disipacion y robo, y sucederia lo mismo en los que se produjesen en el tiempo de la vacante, ¿cómo podria mirar el rey con indiferencia el abandono de dichos bienes y rentas, mayormente cuando ademas de la razon general, que excita su cuidado en los que pertenecen á cualquier ciudadano, concurre la especialísima á favor de la iglesia y del prelado sucesor, por ser causas tan piadosas que deben interesar mas eficazmente la atencion del rey en su custodia en virtud de la proteccion que le está encargada, y debe dispensar á las iglesias y á sus ministros, como se ha demostrado en el capítulo primero de esta segunda parte? Y este es otro título que autoriza la mano real al nombramiento de persona que recoja, administre y conserve los bienes del espolio y de la vacante, para entregarlos al obispo sucesor.

26 El título de patrono de todas las iglesias de estos reinos, particularmente de las catedrales, ha sido en todos tiempos bien notorio en los reyes, del cual han estado constantemente en la nominacion de los obispos, y lo han reclamado sin intermision en lo general de las demas iglesias y sus beneficios, siendo este uno de los mas altos y poderosos títulos en que fundó la citada *ley* 18. *tit.* 5. *Part.* 1. la suprema autoridad de los reyes, para nombrar persona que cuidase de los bienes del obispo difunto y de las rentas de su vacante; y reuniéndose los tres títulos indicados de la soberanía, proteccion y patronato, ha podido y debido poner la mano en los referidos bienes y rentas, administrarlas, pagar sus cargas y obligaciones de justicia, y entregar el sobrante al prelado sucesor, para que lo distribuya en los piadosos fines que expresan los cánones. Por tanto como no se podia dudar de esta suprema autoridad, ni habia razon alguna para que los eclesiásticos intentasen impedirla ni turbarla en los tiempos antiguos, no fué necesario defenderla por los recursos de fuerza, ni hacer memoria de ella.

27 Las vacantes de los obispados duraban tan corto tiempo, que apenas habria el necesario para que el hombre que ponia el rey, por mas diligente que fuese, pudiese recoger con cuenta y razon los bienes y rentas que dejaba el obispo, y ponerlos en seguridad para entregarlos al sucesor, haciendo lo mismo en las que correspondiesen á la mitra en su vacante, porque el dean y cabildo solo tenian tres meses desde la muerte del prelado para elegir sucesor, y en igual tiempo debia consagrarse para ejercer cumplidamente su alto ministerio, uniéndose muchas veces la eleccion y consagracion á un mismo tiempo. Así consta del citado concilio IV general, celebrado en Calcedonia año de 451, en tiempo del papa Leon I, canon 25.: *Placuit Sanctæ Synodo intra tres menses fieri ordinationes episcoporum, nisi forte inexcusabilis necessitas coegerit tempus ordinationis amplius prorogari*: Lateranense IV año 1215: *Statuimus, ut ultra tres menses cathedralis, vel regularis ecclesia prælato non vacet.*: Toledano XII año 681, canon 6.: *Ita tamen ut quisquis ille fuerit ordinatus, post ordinationis suæ tempus infra trium mensium spatium, proprii Metropolitani præsentiam visurus accedat, qualiter ejus auctoritate, vel disciplina instructus condigne susceptæ sedis gubernacula teneat*: Tridentino *sesion* 7. *de Reformat. cap.* 9., *y ses.* 23. *cap.* 2.: *cap.* 41. *ext. de Electione, et electi potestate*: *cap.* 16. *de Electione in sex.*: *canon* 11. *dist.* 50.: el 25. *distincion* 63.; y el 2. *distincion* 65.: *ley* 8. *tit.* 16. *Part.* 1.: Tomasino *part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 35. *n.* 12.: Gonzalez al *capit.* 41. *de Electione*: Pedro Aurelio *tom.* 2. *Vindiciæ censuræ sorbonicæ pág.* 87. *hasta la* 90., asegurando en este lugar las afectivas elecciones y consagraciones que se hacian á un mismo tiempo; ibi: *Atque hoc pacto fac-*

*tas fuisse electiones simul, et consecrationes, de quibus nominatim apud primorum sæculorum ecclesiæ patres mentio est, clare patet singulas commemoranti.*

28 Por todas las circunstancias referidas se convence que en los tiempos antiguos, que se cuentan hasta el siglo XV, no se conocieron en España colectores de espolios y vacantes que intentasen turbar la autoridad real en la ocupacion, recaudacion y guarda de los bienes y rentas que dejaba el obispo difunto, y en las que correspondian á la mitra en su vacante.

29 Desde que se reservaron los referidos bienes y rentas á la cámara apostólica, y se encargó su recaudacion al nuncio de su santidad en estos reinos, pretendió éste introducirse en algunos puntos mas allá de lo qpe le permitian sus facultades, y fué preciso restringírselas dentro de sus justos límites, y mantener en sus términos la autoridad real por medio de los recursos de fuerza, en que tambien se incluye el de la suplicacion y retencion de las bulas apostólicas en todo ó en parte; y este es el segundo tiempo en que se dividió este discurso, y el primero en que la necesidad obligó á usar del remedio de la fuerza para detener los excesos del colector general de espolios y vacantes.

30 La santidad de Paulo III, por su bula de 3 de Enero de 1542, declaró haber sido la intencion de sus predecesores, y serlo tambien la suya, que los bienes que dejaban los obispos al tiempo de su muerte, conocidos con el nombre de espolios, se reservasen y perteneciesen á su santidad y á su cámara apostólica: *Bular. edition. de Roma tom.* 4. *part.* 1. *pág.* 206.

31 Esta es la primera constitucion general que trató de la reserva y aplicacion de los espolios á la cámara apostólica, pues si hubiera precedido otra, aunque mas oscura en sus palabras, se referiria á ella la enunciada declaracion. Lo mas que hasta entonces se habia adelantado en esta materia procedia de rescriptos, órdenes y disposiciones particulares, ejecutadas en algunos obispados, especialmente en los de Italia por medio de los respectivos colectores, autorizados por su santidad para ocupar, percibir y aplicar á la cámara apostólica los bienes y rentas que dejaban los obispos al tiempo de su muerte. Este es el fundamento con que algunos dudaron de la justicia de la reserva y aplicacion referida, y así se motiva en la letra de la enunciada bula.

32 Por otra bula de Julio III que empieza: *Cum sicut*, del año de 1550, *Bular. tom.* 4. *part.* 1. *pág.* 268, declaró que los frutos pendientes, y no exigidos por el obispo difunto, no pertenecian á su espolio ni á sus herederos, en los casos en que hiciesen testamento en uso de facultad competente. Y esta nueva duda, declarada en dicha constitucion apostólica, indica que estaba muy en los principios la observancia de la aplicacion de estas rentas á la cámara apostólica.

33 Al mismo tiempo que declaró su santidad que los enunciados frutos pendientes y rentas no cobradas no pertenecian al espolio ni á los herederos del difunto obispo, declaró tambien corresponder al sucesor; y esto prueba que aun no estaba generalmente recibida la anterior constitucion de Paulo III, ó que á lo menos no se habian nombrado colectores para todos los reinos, provincias y obispados, como aparece de la excepcion que contiene el epígrafe de la citada bula de Julio III, en estas palabras: *In locis, in quibus non deputantur à reverenda camera apostolica spoliorum Colectores.*

34 La santidad de Paulo IV, por su bula de 10 de Abril de 1556, reservó el conocimiento de todas las causas tocantes á espolios al colector general nombrado para los obispados de Italia, inhibiendo á cualesquiera otros jueces, y esta restriccion es otro argumento de que la enunciada bula de Paulo III no se hallaba expedita en lo general.

35 Pio IV, por su bula de 25 de Abril de 1561, aplicó á la reverenda cámara apostólica las rentas de los beneficios que vacasen en Italia, hasta que se proveyesen ó encomendasen, exceptuando la vacante por cesion: *Bular. tom.* 4. *part.* 2. *pág.* 79. Igual reserva hizo, y amplió al reino de Ná-

poles san Pio V. de los beneficios que fuesen de presentacion de su santidad, por su bula de 8 de Enero de 1567. *Bular. tom. 4. part. 2. pág.* 333.

36 En otra bula del propio año de 1567, el mismo san Pio V hizo dos especiales declaraciones acerca de los bienes y alhajas que no debian comprenderse en la coleccion de los espolios: en la primera exceptuó los ornamentos, vasos sagrados, libros y demas cosas de oro ó plata destinadas al uso y culto divino, aun en las casas privadas de los mismos obispos, capillas y oratorios, aplicándolas á las iglesias en donde residieren ó fueren prelados, y dándolas facultad para tomar por su propia autoridad, luego que muriese el obispo, las enunciadas alhajas, y para aplicarlas é incorporarlas en sus fábricas y sacristías.

37 La segunda declaracion se dirigió á que los colectores de espolios no tomasen el menaje ó adorno de casa, que dejasen los presbíteros ó clérigos al tiempo de su muerte. De todas las bulas referidas trató de intento Tomás de Rosa *de Recta distribut. redditum ecclesiastic. cap.* 7., y en cuanto á los espolios, su orígen, progreso y distribucion, véase á Guillermo Rodeano en su tratado *de Spoliis.*

38 En los espolios y vacantes que se causan en los obispados de España, se hallan demostradas todas las observaciones que se han indicado sobre la autoridad real que han ejercido constantemente los hombres y jueces de S. M. en esta clase de bienes, como tambien en sus causas y en las que por via de fuerza de los colectores se traian al Consejo.

39 En el año de 1497 se empezó á introducir en España, siendo pontífice Inocencio VIII, el uso y reserva de llevar á su cámara apostólica los bienes que dejaban los obispos al tiempo de su muerte, y los que se causaban en el de su vacante; pero lo hacian con mucha moderacion tomando alguna alhaja ó porcion muy corta, y dejando la principal de dichos bienes y rentas á beneficio de los obispos sucesores, de las iglesias y de los pobres, que era el primitivo destino á que los aplican los antiguos concilios y cánones. Por tanto no causaban entonces mucha sensacion para que se tratase de resistir vigorosamente la novedad introducida; y esta seria la causa de tolerarla, confiando su enmienda á las reverentes y sumisas insinuaciones que hicieron á su santidad los señores reyes católicos, y continuaron los sucesores con mas ó menos instancia, segun el estado que tenian las cosas en la córte de Roma, y el estrecho en que se hallaban estos reinos por las vejaciones que causaban los colectores apostólicos, extendiendo su autoridad á ocupar y llevar enteramente los bienes de los espolios, y las rentas de las vacantes, á cuyo fin se aprovechaban de transacciones, convenios y otros medios que les facilitaba su posesion, en que esperaban continuar despues libremente, dejando por consecuencia ilusorias las instancias, que sin intermision repetian los señores reyes de España en defensa de sus vasallos, para que no saliesen fuera de ellos tan cuantiosos bienes y rentas, privándolos de este grande beneficio, como lo estuvieron tan largo tiempo, hasta el concordato celebrado entre esta córte y la de Roma el año de 1753.

40 Los sucesos y novedades que introducian los colectores generales en perjuicio de la real jurisdiccion, y en público daño de estos reinos, fueron en este tiempo muy frecuentes, y dieron justo motivo á que se reclamasen y detuviesen por los medios que señalan y explican los historiadores, y constan de otras autoridades.

41 El maestro Gil Gonzalez de Avila *en el Teatro Eclesiástico de la santa iglesia de Oviedo, desde el fol.* 41., refiere la merced que en el año de 1255 hizo el rey Don Alonso á la catedral de Oviedo, á la de Palencia en el de 1254, y á la de Astorga en 15 de Octubre de 1255, acerca de poder intervenir en la ocupacion y guarda de las cosas que por su muerte dejaban los obispos, y entregarlas al sucesor; y probada con los hechos que expresa la autoridad que tenian los reyes de España en estas cosas de los obispos, continúa diciendo: «Esto duró hasta que los Pon-

»tífices Romanos comenzaron á llevar »los Espolios y Vacantes de los Obis»pos y Obispados, que se comenzó á »introducir en el Reynado de los Re»yes Católicos en el año de 1497, sien»do Pontífice Inocencio VIII. Y aunque »los Reyes Católicos reclamaron, no »bastó. El Rey Felipe II quiso dar re»medio en ello en el año de 1581, para »que no se sacasen los Espolios y Va»cantes; y para ver el modo que se »tendria en este mismo año, mandó »formar una Junta, en que se viese si »de justicia pertenecian á su Santidad »los Espolios y Vacantes, y los nom»brados para ella fueron trece Conse»jeros. Mas lo que entonces no llegó á »tener efecto, lo tuvo en el Reynado de »la Magestad del Rey Don Felipe IV, »que para tomar el buen acuerdo con »la Beatitud de nuestro muy Santo Pa»dre Urbano VIII, nombró por sus »Embaxadores á Don Fr. Domingo Pi»mentel, de la Órden de Predicadores, »Obispo de Córdoba, y al Licenciado »Don Juan Chumacero y Sotomayor, »de la Órden de Santiago, de los del »Consejo Real de Castilla y de la Cáma»ra; y partiéron á cumplir con su »Embaxada por el mes de Octubre »de 1633.»

42 El mismo señor Chumacero y el obispo de Córdoba Pimentel, en el memorial que presentaron á su santidad el papa Urbano VIII, en los capítulos octavo y nono, tratan de los espolios que se causan en la muerte de los prelados, y de sus vacantes; y despues de referir los excesos y daños que en uno y otro se experimentaban, dicen al num. 62.: «Desde el principio de esta »introducion ha interpelado el Reyno »á los Señores Reyes en diferentes Cor»tes, por el remedio de ámbos casos; y »aunque en el principio pendió de su »beneplácito, y se permitiéron en canti»dad moderada y casos de precisa nece»sidad, y se contentaban los Colecto»res con una presea, hoy ha crecido »tanto el rigor de la execucion, que no »es tolerable, y mucho ménos en la ne»cesidad que de presente tienen estos »Reynos.»

43 El obispo Sandoval *en la Historia de Cárlos V*, *lib.* 27. §. 6. dice lo siguiente: «Los Reyes Católicos pidié»ron á los Pontífices diversas veces no »consintiesen los Colectores que se em»biavan á estos Reynos á llevar los Es»polios (que es lo mismo que despojos) »de los Obispos difuntos, por ser no»vedad y cosa no usada en Castilla, y por »la autoridad y rigor con que lo hacian, »sacando las haciendas de los Obispos an»tes que espirasen, en perjuicio de las »Iglesias pobres, cuyas eran de derecho »antiguo de estos Reynos. En este »año (1545) en las Cortes que se tuvié»ron en Madrid, se suplicó por parte »del Reyno lo mesmo, y luego sucedió »la muerte de Don Gerónimo Xuarez, »Obispo de Badajoz, y sobre sus bie»nes hubo tantos embarazos con el Co»lector, que el Emperador mandó al »Consejo Real le consultase sobre ello. »Y ellos avido su acuerdo, dixéron:

44 «Que segun derecho Canónico y »Concilios, estaba determinado que los »Espolios de lo que los Prelados ad»quieren por respecto á la Iglesia, son »de las Iglesias y Prelados sucesores de »ellas, para proveer las necesidades de »las mismas Iglesias y de los pobres: »que si los Nuncios pretendian que ha»bia alguna posesion, ó costumbre en »contrario, la tal se comenzó á intro»ducir, pidiendo al principio, y con»tentándose con alguna cosa poca, y »por esto no se advertia en ello, y por»que no huvo quien procurase por las »Iglesias: y despues con opresion de »las censuras y temor de ellas, ninguno »salió á la defensa que convenia, con »que fué creciendo cada dia el daño, y »era ya muy notable para estos Rey»nos: porque no se contentaban con »tomar los Espolios, sino que se que»rian entremeter á ocupar los bienes »adquiridos por intuito de las perso»nas, queriendo ser testamentarios de »los Obispos que mueren, contra todo »derecho, haciendo otras molestias y »vexaciones á los naturales de estos »Reynos: y que por tanto les parecia »que S. M., como cosa que tanto impor»ta al servicio de Dios, y bien de las »Iglesias, hospitales, y de los pobres y »huérfanos, y por el daño que estos »Reynos recibian en que la moneda se »sacase de ellos, no debia permitir

»que estas vexaciones se hiciesen de »hecho, como las intentaban, pues los »Colectores no habian mostrado otra ra»zon, ni la tenian para las hacer mas »en estos Reynos, que en otros de la »Christiandad. Y que para efectuar es»to debia mandar, que se determinase »por justicia en Consejo, para que á su »Santidad se le diese lo que era suyo; »y á las Iglesias y pobres, y naturales »del Reyno no se les hiciese agravio, »ni vexacion de hecho, contra lo que »estaba determinado por derecho, y por »la misma Sede Apostólica y Concilios »generales.»

45 El mismo obispo Sandoval *en el catálogo de los de Pamplona, desde el folio* 128., refiere hallarse en posesion inmemorial el cabildo de esta santa iglesia de nombrar dos administradores, que en las vacantes de sus prelados cuiden de la guarda de los bienes que dejan, y de las rentas correspondientes al tiempo de la vacante, para entregarlas al sucesor; en cuya posesion habia sido mantenido el cabildo por sentencias de vista y revista del Consejo de Navarra en contradiccion del procurador del colector general. Y acercándose á tratar de la vacante de dicho obispado, causada en 28 de Enero de 1573, por muerte del obispo Don Diego Ramirez, y del nombramiento que hizo el rey en Don Antonio Manrique, con otros sucesos ocurridos por la resistencia del cabildo á entregar al colector general los bienes del espolio y las rentas de la vacante, concluye, al fol. 133. vuelto, con el acuerdo y convenio que se hizo con el nominado obispo Manrique, en los términos siguientes: «Insistia en este tiempo mucho el »Nuncio y Colector general Apostólico, »ante su Santidad el Papa Grego»rio XIII, contra el Obispo, en deman»da de los frutos de la Sede vacante; »y viendo que el Papa tomaba esto muy »á pechos, que en toda España sola es»ta Iglesia se le defendiese, vino el »Obispo, por su Procurador el Licen»ciado Peña, á componerse con el Nun»cio y Colector Apostólico, en que de »lo corrido de la Sede vacante diese »nueve mil y quinientos ducados, y los »residuos de la Vacante de dos años y »mas quedasen para él, que montó »treinta mil ducados, y que con esto »el dicho Obispo cedió *juris litis, et* »*causæ*, é qualquier que se esperase »haber sobre la dicha razon, en favor »de su Santidad y de su Cámara Apos»tólica; y el Nuncio y Colector gene»ral apostólico, por asentar esto, hizo »en nombre de su Santidad, con pode»res que tenia para ello, gracia al di»cho Obispo de todos los frutos, emo»lumentos y otros qualesquier frutos y »derechos que fuesen debidos, y per»tenecientes al dicho Obispado de Pam»plona y Mesa Episcopal, sin perjudi»car al derecho de la Cámara, el qual »reservó y dexó en su fuerza y vigor »adelante. Y de esta manera aceptó el »Obispo el dicho concierto, que se hi»zo en Madrid á 8 de Enero de 1577.»

46 Asegurados los colectores generales apostólicos en la posesion de llevar los bienes y rentas de los espolios y de las vacantes, procedian á su ejecucion con los excesos que se han referido; y para detenerlos y reducir á sus justos límites la autoridad de los colectores, se puso mayor cuidado en mantener la real, encargada por S. M. á los corregidores, para que ocupasen los bienes que dejaban los obispos por su muerte, y los que procedian de sus vacantes, y para que conociesen de las causas que excitaban sus herederos ó acreedores; y sintiéndose alguno de ellos agraviado, ó estándolo la cámara apostólica de las providencias del juez real, apelaban al Consejo, y en el caso de impedirse por el colector general la jurisdiccion y conocimiento que en estas causas y negocios pertenecia al corregidor, se usaba para su defensa y proteccion del recurso de fuerza, quedando reservados estos dos medios, como se declara en los *aut. acordados* 5. *tit.* 8. *lib.* 1.: 17. *tit.* 5. *lib.* 3.; y en el 8. *tit.* 3. *lib.* 1. (Ley 1. 8. tit. 2. lib. 2.: 1. tit. 5. lib. 2.: 10. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Recop.)

47 Los corregidores, precedido inventario y secuestro de los bienes que dejaban los obispos, entendian primeramente en la declaracion y separacion de los que constase ser patrimoniales, entregándolos á los herederos que hu-

biesen de suceder en ellos, así por testamento que como *ab intestato*: en segundo lugar procedian á pagar las deudas del difunto obispo, y los salarios y gastos de los que servian los oficios correspondientes á la dignidad. Todo esto era privativo de los jueces reales, entrando despues el colector á percibir el residuo del espolio.

48 En la misma clase de acreedor de justicia se consideraba la Iglesia al pontifical y alhajas del obispo difunto; y en este concepto las pedia ante el juez real, pretendiendo recibirlas de su mano, y dicho juez real estimaba ser competente, como sucedió al corregidor de Plasencia; pero el oficio del nuncio de su santidad en estos reinos, que contradecia el intento del corregidor, tuvo mejor suerte en la consulta que motivó el *auto acordado* 8. *tit.* 3. *lib.* 1. (Ley 9. tit. 6. lib. 1. de la Nov. Recop.) en el cual se resolvió por regla general que las iglesias deben pedir los pontificales al nuncio de su santidad como colector general de la cámara apostólica, y recibirlos de su mano ó de la persona que dipute, conforme á la bula de la santidad de Sixto V, y á la concordia hecha entre las iglesias de estos reinos de Castilla y Leon y el nuncio de su santidad, aprobada por la de Clemente VIII en 19 de Octubre de 1604, sin que el nuncio pueda reservar ni tomar cosa alguna para sí del pontifical, quedando al cargo de la Iglesia, á quien toca, darle una alhaja, la que pareciere al cabildo, ora sea del mismo pontifical ó fuera de él.

49 Algunas veces me puse á combinar la resolucion de este auto acordado con la que contiene la bula de san Pio V, expedida en 3 de Setiembre de 1567, y siempre he hallado que el corregidor de Plasencia no procedia muy fuera de razon en su intento, porque en la citada bula declaró su santidad *motu proprio*: *Quod de cætero omnia, et singula ornamenta, et paramenta, ac vasa, nec non missalia, et gradualia, ac cantus firmi, et musicæ aliquæ quomodolibet nuncupati libri, et aliæ res sacræ, etiam auri, et argenti, ac quæcumque alia bona, per quoscumque Patriarchas, Archiepiscopos, Episcopos, Abbates, seu Commendatarios, et alios quoscumque, quæcumque, et qualiacumque beneficia ecclesiastica:::: ad usum, et cultum divinum, etiam in eorum privatis ædibus, et capellis, vel oratoriis destinata, tempore eorum obitus ex testamento, vel ab intestato relicta, sub quibusvis facultatibus testandi, et alias disponendi::: minime comprehendantur, nec sub appellatione spoliorum veniant, sed ad singulas ecclesias, monasteria, etiam conventu carentia, et beneficia hujusmodi, in quibus resederint, aut quibus præfuerint, seu quæ alias obtinuerint, omnino spectent, et pertineant, ac spectare, et pertinere.*

50 Pues si los ornamentos y demas alhajas destinadas al culto divino, que tenian los obispos al tiempo de su muerte, no se comprenden ni aun en el nombre de espolios, y por otra parte declara su santidad que pertenecen á las iglesias, parecia que el colector, cuya autoridad está limitada á las cosas del espolio, no tenia título para mezclarse en dichos ornamentos y vasos sagrados; y parecia aun mas claramente que las iglesias eran acreedoras *jure dominii* á las referidas alhajas, que debian formar el que se llamó pontifical, pedirlo y recibirlo de mano del juez real, como si este hubiese secuestrado cualesquiera bienes, que hallándose en poder del obispo al tiempo de su muerte, constase pertenecer á otros.

51 Por la misma razon se explica mas claramente el sumo pontífice en el §. 2. de la enunciada bula, teniendo dichos bienes por aplicados é incorporados desde el dia de la muerte del obispo á las mismas iglesias, monasterios y beneficios: *Ex* (*die*) *ipso applicata, et incorporata sint, esse censeantur*; y las permite que puedan aprehender dichos ornamentos y alhajas, por su propia autoridad, ibi: *Ita quod liceat, illis defunctis, in eisdem ecclesiis, monasteris, et beneficiis, successoribus, ab ecclesiarum, et monasteriorum hujusmodi capitulis, et conventibus, respective illa propria auctoritate libere aprehendere, ac eorum ecclesiis, et sacristiis applicare, et incorporare.*

52 Por el concordato celebrado entre esta corte y la de Roma el año

de 1753, del cual se formó la *ley* 11. *tit.* 6. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. título 18.: 2. 19.: 2. tit. 20.: 4. tit. 23. lib. 1. de la Nov. Recop.) recobraron obispos, iglesias y pobres los antiguos derechos, que por los cánones y las leyes pertenecian en estos reinos, y se autorizó mas la suprema potestad, de que usaron en todos tiempos los señores reyes, para asegurar por medio de sus diputados los bienes que á su muerte dejaban los obispos, llamados espolios, y para entregarlos despues á los sucesores, á fin que los distribuyesen en los piadosos objetos á que estan destinados por los cánones. Hasta aquí nada adquirieron de nuevo los señores reyes de España, pero afianzaron mas la real autoridad, que por tan legítimos títulos les pertenecia.

53 La nueva facultad, que por efecto del citado concordato adquirieron perpetuamente los señores reyes, consiste en que pueden elegir libremente una ó muchas personas eclesiásticas, cual mejor les pareciere, y nombrarlas por colectores y exactores de estos espolios, y por ecónomos de dichas iglesias vacantes, quienes teniendo para esto las facultades correspondientes con la asistencia de la proteccion real, puedan y deban respectivamente, y esten obligadas á emplear y distribuir fielmente dichos frutos y rentas en los expresados usos.

54 Por esta literal disposicion se manifiesta que la persona eclesiástica elegida, y nombrada por S. M. por colector y ecónomo respectivamente resume toda la autoridad real para percibir, exigir, administrar y distribuir lo correspondiente tanto á los espolios como á las vacantes; pero esta potestad no es independiente y absoluta sino subordinada á la del rey, como lo indica bien claramente la cláusula, «con »la asistencia de la proteccion Real:» porque no puede desentenderse S. M. de la innata obligacion de procurar que todos los bienes y rentas, así de espolios como de vacantes, se exijan, administren y distribuyan fielmente. Para este efecto ha concedido y confiado su real autoridad y poder á la persona que elige y nombra, y ésta usa de la propia potestad en los encargos y ministerios referidos, ya sea económica ó contenciosa: porque toda la materia de los frutos y rentas es temporal y profana, segun se ha demostrado, y los fines, aunque sean piadosos, no salen de la esfera de temporales, sujetos en cuanto á su exaccion, recaudaccion y guarda á la potestad real, que por el concordato se extendió á su distribucion, segun disponen los cánones.

55 Por los fundamentos que contiene la exposicion antecedente, se viene á demostrar que en los autos y procedimientos del colector general de espolios y vacantes, y en los de sus subdelegados, dirigidos á ocupar, exigir y apremiar á los deudores, por cualquiera título que lo sean á dichos efectos, no hay materia de fuerza, ni puede introducirse este recurso en el Consejo, chancillerías, audiencias, ni en otro tribunal alguno; pues si procediese con inversion de los hechos en cuanto á la natural defensa de las partes, ó las causase cualquiera otra opresion ó injusticia notoria, podrian recurrir por via de exceso á S. M., y hallarian por este medio la misma proteccion y enmienda, que la que dispensan los tribunales reales en las fuerzas que hacen los jueces eclesiásticos.

56 Esta inteligencia, ademas de estar comprobada por tódos los principios y doctrinas que se han referido en este discurso, se afianza tambien en la letra de las reales cédulas de nombramiento de colector general, señaladamente de la primera que se expidió á favor de Don Andres de Cerezo y Nieva, á consecuencia de real decreto de 11 de Noviembre de 1754, por la cual se le nombra por colector y exactor general de los espolios, vacantes y medias anatas, con todas las facultades necesarias y oportunas. Esta sola cláusula manifiesta que las facultades, que ejerce el colector general en la colectacion y distribucion de los espolios y vacantes, dimanan inmediatamente de la potestad real que S. M. le comunica, queriendo que la ejerza privativamente, como se expresa al fin de ella.

57 La segunda cláusula en que se divide su contesto continúa diciendo

«que sea con inhibicion de todos mis »Consejos, Tribunales y Jueces;» y aunque siendo privativo el ejercicio de las facultades concedidas al colector general, excluia necesariamente el de otros tribunales y jueces, quiso S. M. manifestar mas esta inteligencia, añadiendo expresamente la inhibicion de todos sus consejos, tribunales y jueces, comprendiendo en ella por su universalidad el conocimiento por via de fuerza, como que no se exceptua, ni distingue. Añade tambien el citado real decreto que el colector general tenga y ejerza todas las facultades necesarias y oportunas, con las mismas prerogativas con que usan de las suyas el comisario general de cruzada. Siendo pues notorio que en las causas pertenecientes á cruzada no se admiten recursos de fuerza, como se dispone con respecto á las chancillerías y audiencias en la *ley* 9. *tit.* 10. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 11. lib. 2. de la Nov. Recop.), lo mismo debe hacerse en las de espolios y vacantes.

58 Continúa el real decreto con la cláusula y disposicion siguiente: «Quedándome reservada la Soberanía de mi »Real proteccion, de que usaré por la »via de la Secretaría de Hacienda, se»gún corresponde.»

59 Ya se ha advertido muchas veces en el discurso de esta obra que los tribunales superiores solo conocen de la fuerza en uso de la soberana real proteccion que les conceden y encomiendan los señores reyes, y reservándose S. M. expresamente en este ramo la soberanía de su real proteccion para usar de ella por la via de la secretaría de hacienda, esta cláusula encierra otra nueva inhibicion á los tribunales, no siendo compatible que se reserve el rey el conocimiento económico y tuitivo para relevar á sus vasallos de cualquiera opresion ó violencia que les puedan hacer el colector general y sus subdelegados, y que haya concedido al Consejo y tribunales superiores el ejercicio de dicha potestad real para el propio fin.

60 El mismo real decreto señala el conducto de la secretaría de hacienda, por donde deban llegar á S. M. las quejas y recursos á que den motivo los colectores con sus procedimientos; y en esto manifiesta S. M. que los espolios y vacantes, de que conoce el colector general, se han de contar entre los ramos de su real hacienda, que no admiten recurso de fuerza ordinario.

61 Aunque el colector general sea persona eclesiástica, no obsta por eso al concepto explicado, pudiendo muy bien usar por su persona de la jurisdiccion temporal que le fuere concedida por S. M., como se declara en la *ley* 8. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 10. tit. 1. lib. 2. de la Nov. Rec.)

62 Las apelaciones y recursos de los subdelegados van encaminados y limitados por el mismo real decreto al colector general, sin trascender á otro superior; y esta ley que procede de la potestad real, confirma el pensamiento de que el asunto es puramente temporal y profano.

63 La observancia es el mas fiel intérprete de las leyes en lo que estuviesen dudosas, y es mas recomendable y segura la inteligencia que por el uso comun hayan recibido en sus principios: *ley* 6. *tit.* 2. *Part.* 1. «Que ansi »como acostumbraron los otros de la »entender, ansi debe ser entendida, é »guardada:» *ley* 23. *ff. de Legib. Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt.*

64 Desde el año de 1754 no ha venido al Consejo recurso alguno de fuerza de los procedimientos del colector general de espolios y vacantes, ni de los de sus subdelegados; y era regular, á no haber entendido todos que no habia lugar á estos recursos, se hubiesen repetido diferentes en tanto espacio de tiempo.

65 El único que se ha introducido en el Consejo contra los procedimientos de los subdelegados del obispo de Avila, por un arrendatario de los frutos y rentas de la vacante de aquel obispado, en el partido de Oropesa, está en el dia pendiente; pues aunque se libró la ordinaria á instancia del fiscal, suspendió su cumplimiento el subdelegado de Avila de acuerdo y en virtud del órden del colector general,

quien representó al Consejo los fundamentos con que pretende persuadir que no debe admitirse el recurso de fuerza. Examinado seriamente este negocio acordó el Consejo, por la variedad de opiniones de sus ministros, consultarlo á S. M., cuya real resolucion se anotará por decision de esta duda, luego que se digne comunicársela.

66 En la segunda parte, que es la aplicacion y distribucion de los frutos y bienes de espolios y vacantes, no puede tener lugar de modo alguno el recuso de fuerza; y aunque se pueden excitar algunas dudas en cuanto al uso que disponen los cánones y á la preferencia de su destino, se omite explicar los puntos correspondientes á esta segunda parte del breve, reglamento y reales cédulas que se han expedido para su ejecucion, por no corresponder al asunto de este capítulo.

# PARTE TERCERA.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### *De las fuerzas que hacen los jueces reales, medios de prepararlas, introducirlas y determinarlas en los tribunales correspondientes.*

1 No son menos frecuentes y ofensivas las opresiones y violencias que hacen los jueces reales en las causas puramente temporales, que las de los eclesiásticos, de cuyo remedio se ha tratado en los capítulos antecedentes; y es consiguiente señalar el que sea mas oportuno para alzar y quitar las de dichos jueces reales.

2 La raiz de todas ellas consiste en un punto de exceso, aunque éste puede nacer de tantas causas y motivos, que no es fácil ni necesario explicarlas por casos particulares, habiéndolo ejecutado antes tantos autores; y así bastará reducirlas á reglas ciertas, que hagan conocer fácilmente el exceso de los jueces, en el cual consiste esencialmente la fuerza.

3 En el rey está reunida con toda propiedad la potestad y jurisdiccion necesaria para mantener en paz y en justicia su reino [22]. La autoridad que concede á otros para que le ayuden en este importante y principal oficio de administrar justicia, es precaria, pendiente de su real voluntad, en el tiempo, en el territorio, en las personas y en las causas, viniendo á ser unos mandatarios que deben cumplir exactamente los fines del mandato que les hace el rey, y así en cualquiera exceso proceden sin autoridad pública, obran con nulidad, y causan opresion y violencia.

4 A estos principios está reducida la fuerza de que se va á tratar en este capítulo, y son enteramente conformes á lo que establecen las leyes y siguen con uniformidad los mas graves autores: *ley* 2. *tit.* 1. *Part.* 2., *ibi*: «E aun »ha poder de facer justicia, é escar»miento en todas las tierras del Impe»rio, quando los omes ficiesen por qué: »é otro ninguno non lo puede facer, »sinon aquellos á quien lo el mandase, »ó á quien fuese otorgado por preville»jo de los Emperadores:::::: E el solo »es, otrosi, poderoso de partir los tér»minos de las Provincias, é de las Vi»llas::::: E aun ha poderío de poner »Adelantados, é Jueces en las tierras, »que judguen en su lugar, segund »fuero é derecho::::: como quier quel »sea Señor de todos los del Imperio, »para ampararlos de fuerza, é para »mantenerlos en justicia:» *ley* 2. *tit.* 10. *Part.* 2., *ibi*: «La segunda manera, en »que los deve guardar, es del daño de»llos mismos, quando ficiesen los unos »á los otros fuerza, ó tuerto:» *ley* 13. *tit.* 13. *Part.* 2.: «Deven otrosi conoscer »(al Rey) como es puesto para mante»nerlos en justicia, é en verdad; é dar »á cada uno su derecho segund su me»rescimiento, é para defenderles que »non reciban mal, nin fuerza:» *ley* 1. *tit.* 9. *lib.* 3. *de la Recop.* (Leyes 1. título 26. lib. 11., y 11. tit. 22. lib. 5. de la Nov. Recop.) «Tenemos por bien »que todos los Judgadores para librar »los pleytos sean puestos por nuestra »mano, ó por los Reyes, que despues »de Nos vinieren, porque aquellos, que »son llamados Jueces, ó Alcaldes Or»dinarios, para librar los pleytos, no

»los puede poner otro, salvo los Emperadores, ó los Reyes, ó á quien ellos »lo otorgasen, ó diesen poder señaladamente:» *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 1. *lib.* 4.: *ley* 2. *y* 39. *tit.* 5. *lib.* 2.: Covarrubias *Practicar. cap.* 1. *num.* 9.: Salgad. *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 14. *n.* 2. *y siguient.*: Marq. *Gobern. Christ. lib.* 1. *cap.* 19. §. 1.

5 La primera parte de las proposiciones indicadas, en cuanto á que la jurisdiccion que reside en los jueces, que el rey nombra para la administracion de justicia, sea precaria y pendiente de la voluntad de S. M., se convence de la letra de las mismas reales cédulas; pues en las que se libran para servir las plazas de alcalde de corte, dice S. M. lo siguiente: «Es mi merced »que ahora, y de aquí adelante, por el »tiempo que Yo fuere servido, seais »Alcalde de mi Casa y Corte;» y en las que se expiden para servir las plazas del Consejo de Castilla, se dice: «Por »la presente mi voluntad es, que du»rante ella seais de mi Consejo, en lu»gar y por fallecimiento de Don N. »para cuya plaza os he nombrado.» Igual forma y estilo se observa en los demas nombramientos que hace S. M. para servir las plazas de los respectivos tribunales.

6 Los corregidores y asistentes vienen proveidos en sus títulos por un año y demas tiempo, si fuere de la voluntad de S. M. [23]. La primera parte está arreglada á la *ley* 4. *tit.* 5. *lib.* 3. *de la Recop.* (No se trasladó á la Nov. Recop.), y aunque por uso y costumbre continuaban tres años en sus oficios, no se alteró el estilo y cláusulas de sus nombramientos. En los despachos que se expiden para iguales oficios, despues del real decreto que se llama de escala de corregidores y alcaldes mayores, su fecha 29 de Marzo de 1783, se pone que los hayan de servir por el tiempo de seis años, y lo demas que fuere la voluntad de S. M.

7 Algunos señores de los que tienen jurisdiccion en las capitales y villas de sus estados, incluyen en los nombramientos que hacen de alcaldes mayores la cláusula «de que los sirvan »por el tiempo de su voluntad;» pero el Consejo la manda siempre tildar y borrar, reduciéndola determinadamente á que sirvan dichos oficios por el tiempo de tres años, que ahora debe ser por seis, conforme á lo declarado por S. M. en 24 de Enero de 1787.

8 De las disposiciones referidas se deduce mas claramente la proposicion indicada al principio; esto es, que la jurisdiccion y potestad que reciben los jueces que el rey nombra para administrar la justicia de sus reinos, es precaria, y la deben usar como mandatarios suyos, guardando fielmente los términos y fines de su mandato; y asi lo dispone mas abiertamente la *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 3. *de la Recop.* (Ley 3. tit. 11. lib. 7. de la Nov. Recop.) *ibi*: «Miren en todas las cosas, que les »mandamos en las cartas de poder que »llevan, y aquellas executen, y cum»plan, segun que por ellas les fuere »mandado.»

9 De la diversidad advertida entre el nombramiento que hace S. M. de corregidores y alcaldes mayores, y el que ejecutan los dueños jurisdiccionales, procede que aquellos, aunque cumpla el tiempo de los tres ó de los seis años, mantienen toda su autoridad y poder, y no se les puede mandar que cesen, porque no espira ni se muda la voluntad del rey hasta que la manifiesta, nombrándole sucesor ó de otro modo, como se deduce del *cap.* 5. *de Rescript. in Sext.*, y de lo que sobre igual asunto expone el señor Castillo *lib.* 6. *de Tertiis*, *cap.* 18. *n.* 164.; pero los alcaldes mayores que nombran los dueños jurisdiccionales, deben cesar pasado el tiempo de los tres ó de los seis años, y á este fin se dan en el Consejo, chancillerías y audiencias, á instancia de cualquiera vecino del pueblo, las provisiones que llaman ordinarias, para que arrime la vara, y se haga saber al dueño jurisdiccional nombre otro en el tiempo que le señala el tribunal.

10 La division de territorios es el medio mas oportuno para mantener el órden público del gobierno y de la administracion de justicia, porque sus límites hacen conocer á los jueces la obligacion de velar dentro de ellos

sobre la tranquilidad y distribucion de la justicia, conociendo de todas las causas de los ciudadanos que sean demandados y tengan su domicilio dentro de los enunciados límites, y estos mismos términos detienen su jurisdiccion para no poderla ejercitar fuera; de suerte que si lo intentan, serán nulos y atentados sus procedimientos, y causarán, en todo lo que excedan, notoria fuerza: porque usurpan la jurisdiccion real, que está encargada á otros jueces, tomando la voz del rey para oprimir á los que en estas circunstancias les son iguales, y dando causa á competencias y turbaciones con daño público del estado y graves dispendios de las partes.

11 Todas las proposiciones señaladas en el número próximo se demuestran por los mismos principios referidos, y por las muchas leyes y autoridades que recogió el señor Salgado *de Supplicat. p.* 1. *cap.* 14., y en su tratado *de Reg. p.* 4. *cap.* 3. *desde el n.* 56., con otros muchos autores.

12 Igual distribucion de provincias y territorios observó la Iglesia desde el tiempo de los apóstoles, como medio mas expedito y seguro para lograr los fines del santo Evangelio; pues sin embargo de ser uno solo el obispado, y tener cada apóstol una misma potestad *in solidum* en todo él, se hizo la competente division con el fin explicado, y el de no causar emulaciones, como lo expresó san Pablo en el *capítulo* 15. *de su carta á los romanos, vers.* 20. *y* 21. Este órden ha sido observado así en los obispados como en las parroquias para el ejercicio de sus respectivas facultades, con la mas estrecha prohibicion de no traspasar sus límites, como se manifiesta en toda la disciplina de la Iglesia, que por ser notoria y constante, basta suponerla para el intento de este discurso.

13 Del fuero del domicilio y de su preferencia entre los demas, señaladamente en las causas civiles á favor del juez, en cuyo territorio tiene su domicilio el reo, trató con mucha extension Carleval *de Judic. tit.* 1. *disput.* 2. *q.* 1.

14 Ademas de la fuerza que por las dos causas referidas comete el juez, conociendo ó ejecutando fuera de su territorio, puede hacer otras dentro de él no menos gravosas y turbativas, como sucederia si habiendo dos ó mas jueces con igual jurisdiccion acumulativa, hubiese prevenido alguno de ellos la causa, y pretendiese el otro disputarle esta calidad con igual motivo de prevencion, y conocer de la misma causa; pues de estas disputas nace la competencia, se impide el curso al negocio principal, y las partes sufren graves dilaciones y gastos con daño público, que quisieron precaver por todos medios las leyes y los cánones, siendo necesario en estos casos buscar el remedio de la decision en los tribunales superiores, de que se tratará luego, sin que se tenga consideracion en estos recursos á la justicia de la causa sino al hecho y circunstancias de la prevencion, de las cuales trató largamente Carleval *de Judic. tit.* 1. *disputat.* 2. *sect.* 3., con otros muchos autores que refiere.

15 No solo en las primeras instancias se suscitan controversias entre los jueces que tienen jurisdiccion acumulativa, con pretesto de la respectiva prevencion en que se fundan, sino que las mismas disputas, y aun mas reñidas, se han ofrecido con el mismo motivo de la prevencion en las apelaciones de los jueces reales del territorio de las órdenes, por haberlas interpuesto promiscuamente las partes al Consejo y á la chancillería, sucediendo frecuentemente que sintiéndose agraviadas de la sentencia del juez ordinario, recurre una de ellas al Consejo de las órdenes, otra á la chancillería, y se libran por estos tribunales las provisiones correspondientes de emplazamientos y remision de autos [24].

16 Los jueces de primera instancia se hallan en el conflicto de no poder deliberar á cual de los dos tribunales han de obedecer, y cual mandamiento deben cumplir, pues ni les corresponde conocer de la prevencion, ni consta las mas veces del tenor de la provision. En este apuro representan á los tribunales superiores, cada uno de los cuales insta y estrecha por el cumplimien-

to de lo que ha mandado, apremiando á los alcaldes con multas, comparecencias y prisiones.

17 Los daños que resultan de semejantes turbaciones son bien notorios, y han obligado al Consejo á que prevenga por punto general, así al de órdenes como á la chancillería, que en semejantes competencias no procedan contra los jueces ni las partes, sino que usen de los medios que prescribe el derecho para decidirlas.

18 En otras ocasiones, y con mayor frecuencia, se encuentra la jurisdiccion real ordinaria con la privilegiada en el conocimiento de las causas, que respectivamente pretenden llevar á su fuero, como sucede con los militares, familiares y otros dependientes del santo oficio, miembros de cruzada, empleados en la real hacienda, subalternos de la junta de comercio y moneda, consulados y otros, viniendo á ser tantas las desmembraciones que se han hecho en la jurisdiccion ordinaria, que apenas queda en que ejercitarla, de donde resulta de consiguiente verse oprimida con repetidas competencias, y no pudiendo decidirlas por si los jueces de primera instancia, buscan el auxilio en los tribunales superiores, unas veces representando los sucesos con justificacion, y otras remitiendo los autos originales; y como por lo regular vienen á favor de la jurisdiccion que los ha formado, y por otra parte los tribunales inferiores no se desprenden fácilmente de su conocimiento, ni pueden por sí mismos decidirlos buscan necesariamente quien lo haga; y este es el término á donde se llega con estos recursos, los cuales se reducen á dos: uno cuando es la competencia entre dos jueces reales ordinarios; y otro cuando se disputa con los privilegiados y sus respectivos tribunales superiores.

19 De esta competencia, como mas principal y frecuente trataré en este capítulo, reservando la segunda para el siguiente. En uno y otro explicaré la forma y órden de estos recursos, las partes principales que pueden introducirlos, los tribunales á donde corresponden, y las novedades que se han causado por las reales cédulas, provisiones y órdenes expedidas y comunicadas al Consejo.

20 La *ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 6. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.) establecida por el señor Felipe III, á 30 de Enero de 1608, pone el órden que se ha de tener en la separacion de las salas del Consejo, y en el conocimiento de los negocios que á cada una de ellas pertenecen. Á esto se reduce el epígrafe de la misma ley, y distribuyendo á la sala de gobierno los negocios mas importantes y graves, que deben formar siempre el objeto de su institucion, para mantener el órden público del reino y su mayor felicidad, por los medios que señala la citada *ley* hasta *el n.* 7., dispone en el 8. lo siguiente: «Y otrosi todas las competen»cias, y diferencias, que tuvieren qua»lesquier Tribunales de estos Reynos, »que residen en Corte, ó fuera della, »entre sí, ó con las Justicias Ordinarias, »en que Yo no tenga dada órden, ó la »diere en adelante sobre ello, consul»tándome primero lo que tocare á los »Tribunales.»

21 Esta disposicion es universal, y no permite se extraigan las competencias del conocimiento del Consejo, ni con respecto á las causas en que se motivan, ni á los jueces que las excitan, ya se hallen en la corte ó fuera de ella.

22 Por dos medios pueden llegar al Consejo las noticias positivas de las competencias entre jueces ordinarios y privilegiados. Las mas veces remite al Consejo el juez ordinario la causa original que ha formado con los fundamentos de justicia que expuso en forma de requerimiento al juez privilegiado, para que se exonerase de su conocimiento. Las partes que litigan tienen interes en que conozca el juez ordinario, y pueden venir al Consejo con testimonio de los mismos autos, solicitando se declare á favor de la justicia ordinaria. Unos y otros documentos en sus respectivos casos se mandan pasar al fiscal, á quien corresponde introducir y formar la competencia, en el caso de que por otros medios extrajudiciales mas expeditos y atentos no logre el fin de que se haga justicia á favor de

la jurisdiccion ordinaria, si entendiere que la tiene.

23 El *auto* 3. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 3. tit. 7. lib. 2. de la Nov. Recop.) refiere la causa que motivó la competencia entre el alcalde mayor de Logroño, y el tribunal de inquisicion de dicha ciudad, y que con su noticia «el Fiscal del »Consejo formó la competencia.»

24 El *aut.* 5. §. 5. *del mismo tit. y lib.* (Ley 4. tit. 7. lib. 2. de la Nov. Recop.) dice: «Que para formar la com»petencia, la parte que recurriere al »Consejo, para que la forme el Fiscal, »aya de entregarle copia, y testimonio »de los Autos hechos por la Justicia »Ordinaria, y sin esta circunstancia »no se pueda formar por la sola rela»cion de la parte.» Lo mismo se dispone en otros autos acordados, y se observa constantemente por práctica y estilo del Consejo. La razon en que se funda la accion privilegiada del fiscal consiste en que las competencias traen daño público al órden y gobierno del reino, turban la paz, causan opresiones y violencias, y otros gravísimos daños. Todo esto es de la inspeccion del fiscal, como sucede en la suplicacion y retencion de las bulas apostólicas, que por el mismo objeto del daño público corresponde privativamente al fiscal con presencia del poder y documentos, que le exhiben las partes por su interes subsidiario, conforme á lo que dispone el *auto* 50. *tit.* 19. *lib.* 2. (Nota 8. tit. 3. lib. 2. de la Nov. Recop.), y á la práctica y estilo constante del Consejo.

25 Si el fiscal entendiere por los autos originales que haya remitido el juez ordinario, ó por la compulsa de ellos presentada por las partes, que toca su conocimiento á la jurisdiccion ordinaria, expone su dictámen con las razones y doctrinas en que lo funda, ya sea por papeles ó ya por medio de conferencias, al fiscal del otro Consejo, con quien se debe formar la competencia, por ser superior del juez privilegiado ó de fuero; y si el fiscal con quien se entiende el de Castilla, reconociendo de buena fe la justicia de la ordinaria para conocer de la causa, concibe que no debe hacerlo el juez del fuero privilegiado, lo manifiesta así á su Consejo; y conformándose éste con su dictámen acuerda la resolucion conveniente, para que el juez inferior privilegiado desista del intento de conocer de aquella causa, y deje libre su conocimiento al ordinario.

26 Esta determinacion se comunica por aquel fiscal al de Castilla con papel de oficio, y acompaña algunas veces certificacion de lo acordado por su Consejo; y reproduciendo estos papeles y noticias el mismo fiscal al Consejo de Castilla, se mandan remitir y devolver al juez ordinario sus autos, para que proceda en ellos, mediante haberse removido el impedimento de la indicada competencia.

27 Igual correspondencia guarda el fiscal de Castilla con los de otros Consejos en caso semejante; y por estos medios extrajudiciales se ocurre á las competencias, y se facilita la expedicion de las causas por los jueces, á quienes de justicia corresponde su conocimiento, siendo este el primer paso que confirma el conocimiento, que debe tomar el Consejo real en todas las competencias de jurisdiccion, que se exciten con la ordinaria por las privilegiadas.

28 Cuando no se acuerdan los fiscales por sus oficios ó conferencias, forma el de Castilla la competencia en sala primera de gobierno; y por su decreto la ha por formada, y manda que los relatores de los respectivos Consejos vayan á hacer relacion en la forma ordinaria, citadas las partes, y que en el ínterin no se innove, y se previene al mismo tiempo que se pase noticia de este acuerdo al señor presidente ó gobernador del Consejo, para que haciéndolo presente á S. M., nombre el quinto ministro que debe concurrir á la decision de la competencia con los dos de cada Consejo, entre quienes se ha formado, segun lo dispone el *aut. acord.* 10. *tit.* 1. *lib.* 4. (Nota 1. tit. 1. lib. 4. de la Nov. Recop.)

29 Este quinto ministro no es para decidir la discordia en caso de haberla, sino para ocurrir á que no la haya, como sucedia con frecuencia entre los cuatro ministros, causando dilaciones,

gastos y perjuicios, que deseó precaver el señor Don Felipe V por el citado auto 10. acordado en 16 de Octubre de 1722.

30 De aquí procede que el quinto ministro vota en el órden y lugar que le corresponde, sin reservar su voto para despues de los cuatro, como sucede en los que asisten para decidir la discordia de otras salas, aunque sean mas modernos.

31 La sentencia, que dieren estos cinco ministros, se consulta con S. M. antes de publicarla, como se dispone en el citado *auto* 10. *tit.* 1. *lib.* 4. (Nota 5. tit. 1. lib. 4.), y lo estaba por la *ley* 62. *cap.* 8. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 6. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.)

32 Las referidas leyes y disposiciones acordadas llenan todas las partes de la defensa natural, y las del conocimiento y acierto en la resolucion de las competencias, que siempre son graves y de dificil inteligencia, por la complicacion de los hechos que rara vez llegan acordes á la junta; pues formándose los autos por jueces que las mas veces tienen interes y empeño en mantener su jurisdiccion, piden mas escrupuloso exámen y combinacion, la cual se logra por medio de los relatores; y cuando no alcanza la instruccion que dan por el proceso, la rectifican los fiscales en sus informes, y los abogados de las partes, que pueden concurrir á la vista, y exponer el hecho y el derecho, coadyuvando la instancia del fiscal, aunque éstas no la pueden introducir por sí mismas, segun disponen las leyes enunciadas.

33 Si alguna vez se han tomado providencias ó medidas con el celo de atajar las competencias, ó el de decidirlas con mayor brevedad por otros medios, se han tocado inconvenientes graves, que han obligado á recurrir al órden y método antiguo, establecido por las citadas leyes y autos acordados, y observado constantemente con utilidad pública.

34 En el capítulo último de la real cédula de 24 de Junio de 1770, se dispone y manda que si en los negocios, de que debe conocer la junta general de comercio y moneda, ocurriesen algunas dudas ó competencias, las representen á la misma junta y al Consejo, para que sus fiscales las resuelvan de acuerdo, conferenciando sobre ellas, y no conformándose, las hagan presentes á S. M. para que recaiga su real declaracion.

35 Por otra real cédula de 11 de Julio de 1779, librada con motivo de la competencia entre el comandante general de la costa de Granada, y el de las armas de la villa de Estepona con el corregidor de la misma, se declaró y mandó que los comandantes de las armas remitiesen los autos que hubiesen formado al consejo de guerra, para que confiriéndose entre los fiscales de ambos consejos, declarasen á quien correspondian, y no conformándose, consultase cada uno de los consejos sus respectivos fundamentos, para que S. M. decidiese, ó se formase la competencia de estilo comun entre los tribunales superiores.

36 Por otra real cédula de 1.º de Agosto de 1784, se manda al *cap.* 3. que no conformándose los jueces ordinarios y militares en cuanto á la entrega del reo, de cuya causa intentan conocer, den cuenta á sus respectivos superiores, y estos á la real persona ó á los consejos de Castilla y guerra, para que poniéndose de acuerdo entre sí, ó representando ó tratando las dos vias de justicia y guerra lo conveniente, tome S. M., bien informado, la resolucion que corresponda.

37 En 2 de Diciembre del propio año de 1784, con presencia de todas las disposiciones anteriores, que dan forma con alguna novedad á la decision de las competencias, teniendo consideracion á los inconvenientes y perjuicios que habian resultado de su observancia, se declara y manda que sin embargo de cualesquiera órdenes comunicadas posteriormente al citado *auto acordado* 10. *tit.* 1. *lib.* 4. (Nota 5. tit. 1. lib. 4. de la Nov. Recop.) y de cualquiera práctica contraria á él, en el caso de que los fiscales de los consejos de Castilla y hacienda no se conformen por medio de sus oficios, determinen las competencias que ocur-

riesen en la forma y por los medios que en dicho auto acordado se disponen, observando puntualmente su tenor, y procediendo con la brevedad posible.

38 En otra real cédula de 3 de Junio de 1787 se recuerdan las anteriores, y los inconvenientes y dilaciones que habian resultado de las nuevas providencias acerca de las competencias; y en su consecuencia se manda que en las que ocurran entre las justicias ordinarias y el fuero militar, se observen las conferencias, oficios y remision de autos á los respectivos consejos, para que se terminen por conferencia de sus fiscales, y si discordaren, se sigan en la junta de competencias, nombrando el quinto ministro segun estilo y disposicion de las leyes y autos acordados, sin que sea preciso molestar la real atencion de S. M., á no mediar caso gravísimo que exija nueva regla.

39 En 11 de Enero de 1789 se ratificó por otra real cédula el método y órden de dirimir las competencias que ocurriesen entre el Consejo de las Ordenes y las chancillerías, en punto de elecciones de oficios de república, por la junta de competencias, añadiendo únicamente que se decidiesen en el preciso término de un mes, para evitar los encuentros que la tardanza produce en los partidos, que la ambicion de los empleos municipales forma en los pueblos.

40 Por real decreto de 8 de Julio de 1787 fué creada la suprema junta de estado, y entre los negocios que se debian tratar en ella, comprende las competencias, pues dice: «Tambien se »llevarán á la Junta las competencias »entre las mismas Secretarías de Esta»do, y las que hubiere entre los Con»sejos ó Juntas Supremas y Tribuna»les, quando estas no se hubieren de»cidido en Junta de competencias, ó »por la gravedad, urgencia, ú otros »motivos conviniere abreviar su reso»lucion.»

41 Por real cédula de 30 de Marzo del año de 1789 se mandó guardar y cumplir lo dispuesto acerca de las competencias en el citado real decreto de 8 de Julio de 1787, explicando el órden de su progreso en dos partes principales, una preliminar y otra dispositiva: en la primera se manda que en las competencias que ocurrieren no solo entre las justicias ordinarias y el fuero militar, sino entre otras cualesquiera jurisdicciones, se observen las conferencias, oficios y remision de autos en sus respectivos casos á los consejos de Castilla y guerra, y á los de Indias, inquisicion, órdenes y hacienda por los tribunales subalternos, para que se terminen por conferencia de sus fiscales.

42 En el caso de discordar los fiscales, dispone dicha real cédula en la parte segunda que los consejos contendientes avisen á sus respectivas secretarías de estado y del despacho, para que poniéndose de acuerdo en la junta suprema de estado, ó bien se decidan, ó propongan por ella los medios de cortar y resolver desde luego la competencia segun la gravedad, urgencia ó levedad de la causa, y sus mayores ó menores dudas, ó bien se remitan en la forma ordinaria á junta de competencias, nombrándose quinto ministro segun estilo y disposicion de las leyes.

43 Este es el último estado que observó el Consejo, sin embargo de haber acordado consultar á S. M. algunos inconvenientes que se le ofrecieron, en cuanto al modo de resolver y decidir las competencias por la suprema junta de estado, bien que son rarisimas las que se determinaban en ella, y las mas se remitian á junta de competencias en la forma ordinaria. Esto acredita con nuevas experiencias que el método señalado en las leyes y autos acordados es el mas cumplido en todas sus partes, para asegurar el beneficio comun en decidir las competencias con la instruccion y acierto que pide una materia tan importante al público, removiendo las opresiones y violencias que sufren las partes, las turbaciones y escándalos que excitan los jueces inferiores, y la dilacion necesaria en seguir y acabar los pleitos principales; pero habiéndose suprimido la enunciada junta suprema de estado

por real decreto de 28 de Febrero de 1792, quedan expeditas en esta materia las antiguas disposiciones que van referidas.

## CAPÍTULO II.

*De las fuerzas que hacen los jueces reales inferiores en conocer y proceder, y de los tribunales que deben conocer de ellas.*

1 Las leyes y los autos acordados han establecido lo conveniente acerca de la materia de este capítulo, y tambien los autores tratan de ella, como despues se dirá. La *ley* 62. *cap.* 8. *título* 4. *lib.* 2. *de la Rec.* (Ley 6. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Rec.) dice: «Y otrosi »todas las competencias, y diferencias, »que tuvieren qualesquier Tribunales »destos Reynos, que residen en Corte, »ó fuera de ella, entre sí, ó con las »Justicias Ordinarias, en que Yo no »tenga dada órden, ó la diere en ade»lante sobre ello, consultándome pri»mero lo que tocare á los Tribunales.»

2 En esta disposicion se encarga al Consejo el conocimiento de todas las competencias, sin excepcion de las que sean entre tribunales ó con las justicias ordinarias: en aquellas manda S. M. que se le consulten primero, esto es, antes de publicar su determinacion, y esta distincion confirma ser absoluta la que diere el Consejo, en las que se suscitan entre las justicias ordinarias.

3 El *aut.* 15. *tit.* 4. *lib.* 2. recuerda lo dispuesto en el *cap.* 8. *de la citada ley* 62. (Ley 6. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.), y propone el caso omitido en ella, de la competencia entre las justicias ordinarias y jueces de comision, y resuelve, «que de estas competencias »conoce el Consejo en las Salas de Jus»ticia, acudiéndose á ellas por via de »apelacion, queja, ó exceso.»

4 En real cédula de 12 de Setiembre, año de 1570, colocada en el *lib.* 2. *tit.* 11. de las ordenanzas de la chancilleria de Granada, *pag.* 239. *vuelta*, se refieren las competencias ocurridas entre los alcaldes del crímen y los de hijosdalgo; y despues de acordar las reglas con que debia determinarlas la chancillería, continúa con la disposicion siguiente: «E para lo de adelante ten»dreis cuidado se excusen, en quanto »ser pueda, estas diferencias, y com»petencias de jurisdiccion, ordenando »que sea á cada uno de los Tribunales »guardada su jurisdiccion, y no per»mitiendo se haga novedad. Y quando »sucediere, determinad lo que sea jus»to y convenga, brevemente, avisán»donos de lo que fuere necesario, para »que lo mandemos proveer.»

5 Combinadas las disposiciones referidas, se demuestra no haberse reservado privativamente el Consejo la decision de todas las competencias, confiando S. M. á las chancillerías y audiencias las de los jueces de su territorio.

6 Aunque son muchos los autores que han tratado difusamente de las competencias de jurisdiccion entre jueces reales, dejan la materia en grande oscuridad, especialmente en cuanto á los tribunales que deben conocer de ellas, órden de los recursos, tiempo y forma en que se deben introducir, y en cuanto á si las sentencias que dieren hacen cosa juzgada, ó si puede suplicarse de ellas. Cualquiera que lea con alguna reflexion los enunciados autores, se convencerá de lo confusos que estan en este punto. Por tanto se resumirá su doctrina con la claridad posible en las reglas y explicaciones siguientes.

7 El juez á quien la parte demandada ó emplazada niega su jurisdiccion, puede conocer de ella, y declarar su competencia, porque no tiene interes inmediato en serlo de aquella causa. Desde el punto que el enunciado juez admitió la demanda, y mandó emplazar á la parte, funda de derecho su jurisdiccion, y no está en mano de ella desobedecer y despreciar el mandamiento del juez, conviniendo al respeto y honor que se le debe, que manifieste en su juzgado las causas que excluyen su jurisdiccion, sujetándolas á su conocimiento y decision; pues así como se presume ser juez en lo principal, el mismo fundamento de autoridad tiene en lo accesorio ó artículo pre-

judicial, cual es el de la excepcion declinatoria de jurisdiccion, viniendo á ser en uno y otro legítimo superior de la parte para dar su sentencia, y hacer derecho con respecto á ella.

8 Esta es una opinion segurísima, que se formó en su orígen de la *ley* 2. *ff. Si quis in jus vocatus non ierit*, y de otras que refieren los autores, señaladamente Cortiada *decïs*. 38. *num*. 1.: Valenzuela *consilio* 2000. *num*. 51.: Acevedo *in leg*. 4. *tit*. 1. *lib*. 4. *n*. 11.: Pareja *de Instrumentor. edit. tit*. 2. *resolut*. 6. *n*. 4., con gran número de secuaces que expresan. En el dia está abiertamente declarada esta opinion á favor de los jueces por la *ley* 9. *tit*. 3. *Part*. 3., en la cual se refieren las excepciones dilatorias que pueden poner los demandados, y una de ellas es, «si »emplazasen alguno delante de tal Jud»gador, de cuyo fuero non fuese;» y si la pone el demandado antes que responda á la demanda, y la prueba, dice la ley que debe ser cavida: *ley* 1. *tit*. 5. *lib*. 4. *de la Recop.*

9 Pero si la disputa ó competencia de jurisdiccion se excitare entre dos jueces ordinarios, ó entre un ordinario y otro delegado ó conservador, no pueden declararla, ni conocer de la causa en que se motiva, porque son iguales, y es preciso que la determine el superior inmediato de los dos jueces, que pretenden pertenecer la causa á su respectiva jurisdiccion. En esto convienen tambien todos los autores citados, y el señor Salgado *de Regia*, *part*. 2. *cap*. 1. *n*. 178.; de lo cual se infiere por necesaria consecuencia que si los jueces que disputan su respectiva jurisdiccion son de un mismo territorio, corresponderá á su inmediato superior la decision de este artículo, pero si fueren de diversos, y uno de ellos perteneciere á una chancillería ó audiencia y otro á otra, ninguna de ellas podrá conocer de esta competencia, siendo en tal caso preciso que conozca el Consejo [25].

10 Pruébanse mas abiertamente las dos proposiciones antecedentes por la *ley* 2. *y* 55. *tit*. 5. *lib*. 2. *de la Recop.* (Ley 2. y 18. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.), y otras muchas que disponen por regla general que todos los pleitos y negocios deban ir á las chancillerías y audiencias de los territorios que les estan señalados; y como no se exceptúan los incidentes de competencia de jurisdiccion, estan comprendidos en la regla indicada, la cual recibe mas autorizada confirmacion con la práctica constantemente observada en los referidos tribunales.

11 El Consejo tiene expeditas sus facultades para conocer de estas competencias entre los jueces reales, por las leyes y autos acordados que por menor se han referido, sin limitarse á las de la córte y su rastro, ni á las que no pueden determinar las chancillerías á causa de ser los jueces de diversos territorios; pues si entendiere que conviene al mejor servicio de S. M. y bien del reino, podrá traer las causas de estas competencias, y determinarlas, aunque correspondan á las chancillerías ó audiencias, arreglándose á lo que disponen las *leyes* 20. 21. *y* 22. *tit*. 4. *lib*. 2. *de la Recop.* (Ley 13. tit. 20. lib. 11.: 1. tit. 6. lib. 4.: 1. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.)

12 Es tan natural el órden prescripto por las leyes, para que se decidan las competencias entre jueces inferiores por el superior inmediato, que se observa del mismo modo en los reinos de Indias.

13 El señor Solorzano *en su Política Indiana*, *lib*. 5. *cap*. 5. trata de las competencias suscitadas entre los alcaldes de las audiencias con las justicias ordinarias inferiores sobre materias civiles ó criminales, por la duda de la prevencion ó por otra razon, y dice: «Que las que ocurren en la Au»diencia de México las determina solo »el Virey.»

14 «En la de Lima (añade) está de»clarado en Cédula de 19 de Diciem»bre de 1568, que conozca la Audien»cia de tales competencias; y esto es »lo que parece que piden las reglas »ordinarias del derecho, las quales nos »enseñan, que en habiendo dificultad »ó competencia alguna de jurisdiccion »entre Jueces de Tribunales inferiores, »se ha de recurrir al superior para que

»la determine; y en este caso el superior es la Real Audiencia y Chancillería.»

15 El *auto* 15. *cap.* 8. *tit.* 4. *lib.* 2. confirma mas abiertamente la proposicion indicada, de que del exceso ó injusticia notoria que hacen los jueces, solo pueden conocer sus respectivos superiores; pues refiriéndose al *cap.* 8. *de la ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 6. tit. 5. lib. 4. de la Nov. Recop.), en el cual se atribuye al Consejo el conocimiento de las competencias y diferencias que tuvieren cualesquiera tribunales de estos reinos, ya residan en la córte ó fuera de ella, entre sí ó con las justicias ordinarias, habiéndose hecho consulta, se declaró que siendo las competencias entre las justicias ordinarias y jueces de comision, ó entre tribunales y jueces de comision, no conociese de ellas la sala de gobierno, y sí las de justicia.

16 Los comisionados, de quienes habla este auto acordado, son y deben entenderse del mismo Consejo, cuya autoridad representan, siendo por ella superiores á todas las demas justicias y tribunales. Esta es la razon sólida en que se funda la autoridad del Consejo para conocer de los agravios ó excesos que se atribuyen á sus comisionados en las competencias con las justicias ordinarias, ó con cualesquiera otros tribunales que no gozan de exencion, ni tienen privilegio que los saque de la jurisdiccion que reside en el Consejo.

17 Esta es una regla autorizada en muchas leyes y autos acordados. La *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 13. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop). dispone que todas las apelaciones de cualesquiera jueces, así ordinarios como delegados, que conocieren en el respectivo territorio de las chancillerías, vayan á estos tribunales. A esta regla pone dos limitaciones: una cuando se apelare del juez de residencia, ó del que entendiere en la ejecucion de las cartas ejecutorias del Consejo; y otra cuando se interpusiere de las pesquisas y pesquisidores que fueren por mandado del rey ó de los del Consejo, que no llevaren poder de determinarlas, viniendo á reducirse estas dos restricciones á una sola, y es que de los comisionados del Consejo solo conoce este supremo tribunal, porque ninguno otro es superior á la autoridad que representa el mismo comisionado. Las *leyes* 45. *y* 46. *del propio tit.* 4. *lib.* 2., y las 8. 10. *y* 17. *tit.* 1. *lib.* 8. *de la Recop.* (Ley 23. tit. 7. lib. 4.: 8. tit. 10. lib. 4.: 10. 12. y 13. tit. 34. lib. 12. de la Nov. Recop.) disponen al intento lo mismo que se ha referido acerca de conocer el Consejo de los agravios y excesos de sus comisionados, con lo cual se conforma el *auto* 4. *cap.* 3. *del tit.* 1. *lib.* 8.

18 El *auto* 7. *tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 14. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) manda que cuando por comision particular se cometiere á alguno de otros consejos que conozca de algun negocio civil, y sentenciare la causa, apelando alguna de las partes, el pleito se acabe con la primera sentencia que el Consejo diere, confirmando ó revocando la del comisionado; y que lo mismo se haga en los negocios de que por real cédula conoce el licenciado Valladares Sarmiento, en lo tocante á los galeotes, de quien se apela para el Consejo. Lo mismo se dispone con ampliacion general en el *aut.* 26. *del prop. tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 14. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) siendo comun esta regla á todos los delegados, de quienes se recurre al delegante, como lo fundan largamente el señor Gonzalez *sobre el cap.* 11. *ext. de Officio, et potestate judicis delegati*, y Salgado *de Regia part.* 4. *cap.* 4. *n.* 2. *al* 6.

19 Del modo, órden y tiempo de recurrir á los tribunales superiores, para que decidan la competencia de jurisdiccion entre jueces inferiores, dispone lo conveniente el citado *auto acordado* 15. *cap.* 8. *tit.* 4. *lib.* 2. (Nota 12. tit. 10. lib. 4. de la Nov. Recop.); pues dejando declarado el conocimiento de las competencias, que se da á la sala de gobierno, y el que corresponde á las de justicia, concluye con la siguiente cláusula: «Acudiéndose á »ellas por via de apelacion, ó de que»ja, ó del exceso.» [26].

20 La expresion disyuntiva, que

contiene esta última parte del auto, da motivo á dudar si podrian unirse estos tres medios de apelacion, queja y exceso, y qué diferencia tienen entre sí.

21 El señor Salgado *de Regia part.* 4. *cap.* 3. trata largamente de los ejecutores mistos y meros, y decide por conclusion segura que sus providencias y determinaciones no reciben apelacion suspensiva, cuando se contienen en los límites de su comision, pero que excediendo de ellos, dan justa causa á la apelacion en todos sus efectos; y es la razon, porque en lo que exceden no tienen jurisdiccion, obran como privados y con nulidad manifiesta, teniendo por una misma cosa la queja ó remedio del exceso, y el de la nulidad.

22 Continúa el citado autor sobre estos principios, y á los *números* 90. y 91., siguiendo la doctrina de Bartulo en la *ley*, *Ab executore ff. de Appellat.*, dice que se puede introducir la queja de la iniquidad ó exceso del ejecutor por dos medios; es á saber por el de la apelacion y por la imploracion del oficio del juez superior, que es el recurso extraordinario de queja, nulidad y exceso. Al num. 92. aconseja que se unan al mismo tiempo el remedio de queja y el de la apelacion, ibi: *Et inter alia unum te utilissimum admoneo, quando utaris querelæ remedio, simul injungas appellationem ab excessu, et ab omni processu facto ab executore excedente*; y á los números 97. y 98. resiste el mismo autor que se junten los dos remedios de apelacion y queja, por deberse aquella introducir ante el mismo ejecutor, y la queja en el tribunal superior.

23 Otros muchos autores tratan de intento de la nulidad de los procedimientos y sentencias difinitivas de los jueces inferiores [27], y de los medios y recursos de reclamarla, así ante el propio juez que dió la sentencia, como derechamente en los tribunales superiores, unas veces deduciéndola como principal, independiente de la apelacion, y otras uniendo los dos medios de la apelacion y del recurso. Entre los enunciados autores se cuentan principalmente el señor Covarrubias en el *cap.* 24. *de sus Prácticas n.* 7. *y* 8.: Vantius *de Nullit. tit.* 6. *cap. Quot, et quibus mediis nullitas, etc.*: Altimar. *de Nullitat. rub.* 1. *q.* 3. *n.* 19. *et sequent.*: Scac. *de Appellat. q.* 19. *remed.* 1. *conc.* 3. *à n.* 1. *ad* 11., y en otros lugares de su obra. Pero como la nulidad de que tratan los referidos autores procede de diversas causas, que no tocan en la precisa del defecto de jurisdiccion, antes bien la suponen, y sea esta la única que sirve de objeto al presente discurso, en el que se va á tratar de la fuerza que hacen los jueces reales en conocer y proceder, no considero conveniente examinar las doctrinas generales que ellos refieren acerca de reclamar como principal ó como accesoria la nulidad de los procedimientos de los jueces, así eclesiásticos como reales, pues de unos y otros hablan; haciéndolo el señor Salgado mas principalmente de los primeros con el fin de preparar la fuerza de no otorgar, que es á lo que dirige su obra *de Regia protect.*

24 Y resumiendo mi dictámen á la nulidad que procede del exceso sobre jurisdiccion dividiré la duda insinuada en dos proposiciones: la primera consiste en la competencia que forman entre sí dos jueces reales sobre su jurisdiccion, pasándose mútuos oficios, que llaman exhortos y requisitorios, pretendiendo cada uno que el otro se abstenga de conocer de la causa, y le remita los autos que haya formado.

25 Si no cede alguno de ellos, no puede tener lugar la apelacion, porque los dos son partes, y ninguno se reconoce por inferior al otro, y solamente pueden usar derechamente en el tribunal superior del recurso extraordinario de queja y exceso, pretendiendo se declare nulo todo lo obrado por el otro juez, y que se manden remitir al tribunal del que introdujo el recurso los autos formados en el que supone incompetente.

26 En estos artículos prejudiciales de incompetencia de jurisdiccion tienen interes las partes, y pueden adherirse á los oficios que hacen los jueces, y aun producir como principales su accion, resistiendo ser reconvenidos, y

comparecer ante un juez que no estimen por competente; y si declarase serlo contra la intencion de la parte, podrá ésta usar de la apelacion y del recurso de exceso y nulidad, proponiendo aquella ante el mismo juez inferior dentro de los cinco dias que señalan las leyes, contados desde la notificacion de la sentencia: *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) pero como este remedio ordinario no es incompatible con el extraordinario de queja, nulidad y exceso, pueden unirse como principales ante el juez superior, procediendo en estas circunstancias lo dispuesto en el citado *auto acord.* 15. *cap.* 8. *tit.* 4. *lib.* 2. (Nota 12. tit. 10. lib. 4. de la Nov. Recop.) de acudir á las chancillerías por via de «apelacion, »ó de queja, ó del exceso.»

27 Bien que si el auto se limita á declararse el juez por competente, la apelacion no tendrá influjo ni efecto alguno, y todo corresponderá al recurso; pues si el tribunal superior entiende que es juez competente el que así se declaró, falta el exceso y nulidad que es el objeto del recurso, y nada mas hay que enmendar por virtud de la apelacion. Pero si ademas de estimarse el juez inferior por competente, procediese á mandar que el otro juez le remita los autos originales formados en su tribunal, y que la parte emplazada comparezca á usar de su derecho en el término que se le señale, con apercibimiento de proceder á su rebeldía, ó entrase desde luego en poposesion al actor en los bienes raices que demanda, ó de los muebles en las acciones personales, con los efectos del primer decreto, y mucho mas si los extiende á los del segundo, de que trata la *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 5. lib. 5. de la Nov. Recop.) será utilísimo entonces el uso de la apelacion: porque el tribunal, aunque no halle defecto de jurisdiccion en el juez, enmendará la injusticia que contengan sus procedimientos, reponiendo el agravio que haya hecho á la parte.

28 Esta diferencia consiste en que para apelar de las sentencias difinitivas, ó de las que tengan fuerza de tales, basta cualquiera agravio ó injusticia simple, que alegue la parte especial ó generalmente: *ley* 2. 13. 14. 18. *y* 22. *tit.* 23. *Part.* 3.: *ley* 1. *y* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Leyes 1. y 23. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.); pero en el recurso de exceso, nulidad, ó injusticia notoria debe concurrir la cualidad en que se funda; de manera que solo con decir que este recurso envuelve la nulidad por defecto de jurisdiccion ó por cualquiera otra causa, y la iniquidad ó injusticia notoria, por ser dada la sentencia ó procedimiento del juez contra el derecho público; y en suma solo puede usarse del recurso de simple querella y extraordinario, en el caso que no pueda tener lugar el ordinario de la apelacion ó súplica: Mateu *de Regim. Regn. Valent. cap.* 12. §. 7.: Crespi *part.* 1. *observat.* 10. *n.* 79., *y en la* 60. *n.* 77., con otros muchos autores que refieren.

29 De estos principios proceden las proposiciones siguientes: primera que de las sentencias de que se puede suplicar en las chancillerías ó audiencias, ó venir al Consejo por la segunda suplicacion, no se admite recurso de injusticia notoria: *auto* 6. *en su principio*, *tit.* 20. *lib.* 4. (Ley 1. tit. 23. libro 11. de la Nov. Recop.): segunda que aunque no se distinga este recurso con la expresion y calidad de injusticia notoria, se entiende y supone que la debe contener la sentencia, de que se introduce. Pruébase esta proposicion por los *autos acordados* 6. *y* 7. *del propio tit. y lib.* (Ley 1. y 2. tit. 23. lib. 11. de la Nov. Recop.); pues aunque no se expresa en ellos que la injusticia de las sentencias sea notoria, se entendió siempre así, sin que bastase la injusticia simple para declarar haber lugar al recurso, y libertar al que lo introdujo de la pena impuesta en los referidos autos. En el auto 10. se dispone por regla que de las sentencias que causaren ejecutoria en la audiencia de Cataluña, sean ó no conformes, se admitan los grados de segunda suplicacion que se interpusieren á la real persona, segun está resuelto y declarado para con los demas de la corona de Aragon, en los casos

en que segun la ley de Segovia y sus declaratorias se puede introducir, y debe admitirse, y en los que no hubiere lugar á este remedio, conforme á la dicha ley, quede libre y salvo á las partes el recurso de injusticia notoria de dichas sentencias al Consejo, segun su auto acordado. Esta referencia supone que la misma calidad de injusticia notoria era el fundamento del recurso de que trata el anterior auto acordado, aunque en él no se expresaba.

30 Luego que se presenta la parte, ó el juez á quien se disputa la jurisdiccion, en los tribunales superiores, se mandan remitir á ellos los autos originales en el breve término que se les señala á proporcion de la distancia, y se procede á determinar la competencia con exámen y conocimiento instructivo y sumario de lo que producen, remitiendo unos y otros al juez que se declara competente, y esta determinacion es ejecutiva, y no recibe suplicacion ni otro recurso.

31 El *auto acordado* 5. *cap.* 5. *tit.* 1. *lib.* 4. (Ley 4. tit. 7. lib. 2. de la Nov. Recop.) dispone que para formar la competencia, la parte que recurriere al Consejo á fin que el fiscal entable el recurso, haya de entregarle copia y testimonio de los autos hechos por la justicia ordinaria, y que sin esta circunstancia no se pueda formar por la sola relacion de la parte. En el *cap.* 9. *del propio auto acordado* (Ley citada) se repite la misma disposicion en estas palabras: «Acuda al Fiscal del Consejo con copia, ó testimonio de los Autos, como queda referido, para que, si la causa es capaz, se forme la competencia en la forma ordinaria.»

32 En los autos que forman los jueces en defensa de su jurisdiccion, halla el tribunal superior la justificacion necesaria para declarar la competencia, y vienen á ser oidos los interesados por este medio instructivo y sumario, que es el conveniente en puntos que no tocan en el negocio principal; y con este objeto de la mayor brevedad, se mandan decidir las competencias por los mismos autos y papeles que vienen á los tribunales superiores, y se prefine término para su presentacion: *auto* 5. *cap.* 7. *tit.* 1. *libro* 4. La *ley* 18. *tit.* 1. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 7. lib. 2. de la Nov. Recop.) en el capítulo 8. dispone y determina abiertamente todas las partes de la proposicion antecedente, pues propone la competencia ó disputa entre los inquisidores y jueces seglares, y sino se concordaren, les manda: «Que embien la informacion, ó informaciones sumarias, que ovieren, ó alguno de ellos oviere tomado, á esta Corte, para que se vean por los del Consejo Real, y otros dos del Consejo de la general Inquisicion juntamente; y vistas conforme al caso que de ellas resultare, remitan el conocimiento de las tales causas llanamente, y sin otro conocimiento de causa, ni otro estrépito, ni figura de juicio á los Inquisidores, ó Jueces seglares, á quien conforme á lo en esta mi Cédula contenido pareciere competir, y que de aquella remision que hicieren, no aya reclamacion, ni otro recurso alguno.» Esto mismo se confirma con la doctrina de los autores que trataron de intento esta materia. Salgado *de Regia*, *part.* 4. *cap.* 3. *n.* 185. dice que para conocer y determinar el exceso de los jueces ejecutores, del cual se ha recurrido por apelacion ó queja al tribunal superior, se mandan llevar los procesos y comisiones originales: Pareja *de Instrument. edit. tit.* 2. *resol.* 6. *n.* 9. *y siguientes*, y otros muchos que refiere.

33 Que de la declaracion de la competencia y consiguiente remision de los autos al juez, á quien corresponde, no hay apelacion, súplica ni otro recurso alguno, es la última parte de este resúmen, y la que mas abiertamente se halla probada por leyes, autos acordados y autores, y la mas fundada tambien en razones sólidas que las mismas leyes autorizan. En la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.) se permite al demandado poner excepciones de incompetencia de juez, alegando pendencia ó otra cualquiera declinatoria, con tal que la ponga y pruebe dentro de nueve dias contados desde que espira el término de la carta del emplaza-

miento, al cual habia de venir y presentarse, y tambien concede al actor que en el mismo término de los nueve dias pueda probar la razon, porque el pleito es de la jurisdiccion de quien se declinare. Continúa la ley con otras disposiciones, y concluye con la siguiente: «Que sobre lo que se determinare en esto por ellos, no aya, ni »pueda aver suplicacion, ni otro reme»dio, ni recurso alguno.»

34 La *ley* 4. *del propio tit.* 5. *lib.* 4. (Ley 7. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Rec.) aun está mas expresiva en este punto, que es el único de que trata, pues en su epígrafe dice: «Que de se pro»nunciar por jueces, ó no sobre las »declinatorias los del Consejo, y Oi»dores de las Audiencias, no aya su»plicacion.» La letra de la ley está mas expresiva y con mayor amplitud, pues dice: «Otrosi que en la sentencia, que »dieren los del nuestro Consejo, y el »Presidente, y Oidores de nuestras »Audiencias, en que se pronunciaren »por jueces, ó por no jueces, no aya »lugar, suplicacion, ni nulidad, ni »otro remedio, ni recurso alguno:» *auto* 15. *tit.* 1. *lib.* 4.: Pareja *de Instrument. edit. tit.* 2. *resolut.* 6. *n.* 169.: Cortiada *decis.* 25. *n.* 32.: Narbona *in leg.* 18. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recop. glos.* 23. *n.* 2., con otros muchos autores que se refieren en los lugares citados.

35 Las enunciadas leyes y los autores referidos fundan principalmente su decision, en que es muy leve el perjuicio que trae á las partes la sentencia, que se da en cuanto al Juez que debe conocer de la causa, porque no toca en el negocio principal, y deben esperar se les administrara rectamente la justicia por cualquiera de los jueces que se declare competente. El daño que causaria la dilacion por la súplica ú otro remedio, que se intentase contra la declaracion de competencia, seria incomparablemente mayor: porque estaria detenida entretanto la causa principal, y con este objeto de interes comun para que no se dilaten los pleitos, y se acaben con la brevedad posible, estan dadas providencias oportunas que miran al gobierno público de estos reinos; y así es de observar que el conocimiento y decision de las competencias se encarga principalmente á la sala de gobierno del Consejo, como se manifiesta en la *ley* 62. *cap.* 8. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* (Ley 17. tit. 7. lib. 4. de la Nov. Recop.)

36 En qué tiempo se deba introducir en los tribunales superiores el recurso de queja y nulidad de los procedimientos de los jueces, que despreciando la excepcion de incompetencia obran sin jurisdiccion, usurpan la de otros jueces, y oprimen como personas privadas á las partes que rehusan contestar en su juzgado las demandas, es un artículo esencialísimo que merece la mayor consideracion.

37 Los autores han tratado este punto con oscuridad y confusion, y estan discordes en sus opiniones. Vantius *de Nullitat. tit.* 8. *n.* 8. empieza á tratar del remedio competente para reclamar la nulidad de lo que se haya obrado con este defecto; y despues de hacer algunas observaciones, dice lo siguiente al intento de este artículo: *Si vero nullitas in judicio ad irritandum, seu annullandum per modum agendi directe, et principaliter deduceretur, cum pro hujusmodi remedio officium judicis nobile competat, facultas tale officium implorandi eatenus durabit, quatenus durant reliquæ personales actiones, videlicet triginta annis*; *et sic intra istud tempus triginta annorum remedium nullitatis proponi debebit*; et ibi: *Quod querela nullitatis non habet tempus præfixum jure, nisi prout aliæ actiones.*

38 Este autor forma tres limitaciones: primera cuando se trata de anular un acto que notoriamente es nulo en su orígen y raiz, ibi: *Alias enim si essemus in actu, qui prætenderetur ipso jure nullus, remedium istud nullitatis absque ulla temporis præfinitione competeret*; y da la razon, ibi: *Ex quo ea, quæ ab initio nulla sunt, tractu temporis convalescere nequeunt*: la segunda cuando la nulidad procede de defecto de jurisdiccion ó de mandato, pues en estos dos casos dice que dura la accion, y que se puede usar de ella perpetuamente, ibi: *Maxime si ex defectu jurisdictionis nullitas prætende-*

*retur*, *vel etiam ex defectu mandati: quoniam si de eo non constabit, etiam usque ad mille annos super nullitate actus agi poterit*; y la tercera en que se proponga la nulidad por via de excepcion, ibi: *Aut quot nullitas per modum exceptionis in judicio deduceretur*; y de la razon diciendo: *Eo quod temporalia ad agendum, ad excipiendum sunt perpetua.*

39 Altimar. *de Nullit. sentent part.* 1. *rubric.* 8. *n.* 2. sigue la misma regla, y á los *números* 71. y 72. admite las limitaciones que tambien se han referido, en el caso de que la nulidad proceda de defecto de jurisdiccion ó de mandato, incluyendo tambien la que se propone por via de excepcion.

40 Salgado *de Regia part.* 4. *cap.* 3. despues de haber tratado largamente de la calidad de los jueces ejecutores y del exceso en sus procedimientos, dice al número 115. lo siguiente: *Pro constanti dicendum videbatur, quod facultas agendi de nullitate excessus contra executionem non duret nisi usque ad triginta annos, quia nullitas sententiæ eo tempore durat.* Al número 118. adelanta el mismo autor su opinion, y establece que la nulidad puede proponerse aun pasados los treinta años y en cualquiera tiempo [28], si procede de defecto de jurisdiccion ó de mandato, sin que estime comprenderse en el término de los sesenta dias señalados por la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.) y de estos antecedentes ó supuestos saca al número 125. la conclusion siguiente: *Et sic sequitur evidenter quod hujusmodi nullitas ex excessu commissionis proveniens, cum in se contineat defectum mandati, et potestatis, et defectum jurisdictionis in mixto (quod est idem) saltem post dictos triginta annos, etiam quandocumque, et omni tempore allegari, et proponi possit in judicio.*

41 Lancelot. *de Attentatis part.* 3. *cap.* 23. propone al *núm.* 61. la duda acerca del tiempo en que se puede pedir la revocacion de lo atentado, y al *núm.* 70. considera lo atentado como nulo *ipso jure*, y como que tiene el mismo efecto en cuanto á intentarse la revocacion por via ó accion de nulidad: al *num.* 76. dice, como una consecuencia de los antecedentes referidos: *Quod attentatis, et illorum revocationi præscribatur spatium triginta annorum, ea potissimum ratione, quia attentatorum revocatio fit officio judicis, officium autem judicis dicto tempore præscribitur*: al *num.* 85. limita la regla indicada al caso en que la nulidad se proponga por via de excepcion, y al 89. parece que se complica, haciendo perpétua la accion de nulidad, como se manifiesta de sus palabras, ibi: *Nisi revocatio attentatorum peteretur per viam nullitatis ordinariæ, quia cum jus dicendi de nullitate non præscribatur triginta annis, sed duret perpetuo, etiam revocatio de qua agitur, non obstante lapsu dicti temporis, peterit proponi.*

42 Los enunciados autores, y otros muchos que siguen la misma opinion, no hacen memoria de la *ley* 4. *tit.* 26. *Part.* 3. que al parecer confirma la regla que ellos establecen, pues refiriendo las causas que hacen nula la sentencia, concluye con la siguiente disposicion: «Ca maguer non se alzasen destos »juicios sobredichos, puédense revocar »quando quier, é non deven obrar por »ellos, bien así como si non fuesen »dados.»

43 El señor Cavarrubias en el *capit.* 25. *de sus Prácticas* establece por regla y conclusion que habiendo tres sentencias conformes, no se suspende su ejecucion con pretesto de nulidad, ya se intente por via de accion ó de excepcion; y al *num.* 5. pone la siguiente limitacion: *Ut executio suspendi debeat, si adversus tertiam sententiam, aliis omnino conformem, objecta sit nullitatis exceptio ex eo, quod judex qui eam pronuntiavit, non habuit jurisdictionem ad cognitionem causæ, nec ad ejus diffinitionem, quasi hic defectus adeo sit potens, quod impediat trium sententiarum conformium executionem.* Hace mérito Covarrubias de la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*, que prescribe sesenta dias, para decir de nulidad contra la sentencia, ya sea por via de accion ó de excepcion, y se inclina á que no tiene lugar en la que procede de defecto de jurisdiccion, ibi:

*Qua ratione Regia lex 2. tit. 15. lib. 3. Ord. (hodie lex 2. tit. 17. lib. 4. Recop.) quæ statui exceptionem nullitatis opponendam esse, aut de nullitate agendum fore intra sexaginta dies à tempore latæ sententiæ, erit fortassis intelligenda, ut procedat in aliis nullitatibus, non in ea quæ à defectu jurisdictionis oritur.*

44 Indica el expresado autor en el mismo lugar la opinion de algunos, que entienden que los sesenta dias de la ley tienen lugar solamente en la nulidad que se propone por via de accion, y estiman que la excepcion es perpétua; pero considera que así la accion como la excepcion de nulidad deben alegarse dentro de los sesenta dias. La razon principal en que el señor Covarrubias se funda es algo oscura y metafisica, como se percibe de sus palabras: *Ego contrariam sententiam potius probarem ex mente legis, et ideo existimo exceptionem nullitatis contra sententiam, jure regio non esse admittendam post sexaginta dies, quod poterit multis comprobari, sed præcipue quia ubi exceptio principalem vim habet ab actione, nec consistit in puris exceptionis viribus, perpetua non est, imo perit perempta ipsamet actione.* Yo sigo el mismo dictámen en cuanto á la regla de que la nulidad de la sentencia, ya se intente por via de accion ó de excepcion, está circunscripta á los sesenta dias de la ley, pero no en cuanto á que pasados se puede oir, como proceda de defecto de jurisdiccion; pues esta limitacion, á que se inclina el señor Covarrubias, no es conforme á mi modo de pensar.

45 Pruébanse claramente las dos partes de la proposicion antecedente del epígrafe de la citada *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.) que es el siguiente: «Quando se puede alegar excepcion de »nulidad contra la sentencia.» No habla la ley de la nulidad intentada por via de accion, y seria porque en esto concibió que no podia ofrecerse duda; y así solo fue á remover la que podria motivarse en cuanto á la excepcion, segun la opinion de aquellos autores que la tienen por perpétua.

46 La letra de la ley dice en su principio lo siguiente: «Si alguno alegare contra la sentencia, que es ninguna, puédalo decir hasta sesenta dias, »desde el dia que fuere dada la sentencia; y si en los sesenta dias no lo dixere, no sea oido despues sobre esta »razon.» Las palabras de alegar y decir de nulidad comprenden en su propia y natural significacion la que se intenta por accion ó por excepcion, y aun en rigor mas se inclinan á esta última, manifestándose en el epígrafe y en la letra de la ley, que el término de sesenta dias lo es tanto para la una como para la otra.

47 El término de los sesenta dias extingue y excluye por sí solo en su último momento la facultad de alegar nulidad contra la sentencia; pero quiso la ley manifestar mas su intencion de que despues de ellos no se hablase por medio ni modo alguno de la nulidad, y lo repitió así expresamente, *ibi.* «Y »si en los sesenta dias no lo dixere, no »sea oido despues sobre esta razon.»

48 Estos sesenta dias no empiezan á correr desde que es dada la sentencia, como dice la letra de la citada *ley* 2., sino desde que llega á noticia de la parte por medio legítimo de citacion ú otro equivalente; y así se debe suplir esta condicion ó calidad como embebida en la parte que explica la ley diciendo: «Desde que fuere dada »la sentencia;» pues de otro modo correria el término al ignorante, y al que de modo ninguno consiente en la sentencia, ni desprecia el favor que le conceden las leyes de reclamar y apelar de ellas, que son los únicos motivos que excluyen este beneficio, y atribuyen á la sentencia todos sus efectos ejecutivos. Estos principios que gobiernan en las apelaciones, como se manifiesta de las *leyes* 1. 4. *y* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. 2. y 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov Recop.) deben correr con igual razon en cuanto al término señalado, para decir de nulidad de la sentencia, suponiendo que sea dada y notificada; siendo regla general en todos los que pueden usar de algun derecho ó facultad, en cuanto al tiempo señalado por las leyes ó los cánones, que les empie-

ze á correr desde la noticia. El patrono eclesiástico tiene seis meses para presentar y el secular cuatro: el *cap.* 22. *ext. de Jure Patron.* da á entender que se han de contar desde el dia de la vacante, ibi: *Si intra sex menses postquam vacaverint*; y el *cap.* 5. *ext. de Concessione Præbendæ* expresa que no se computa el tiempo sino desde el dia de la noticia de la vacante, ibi: *Semestre autem tempus, non à tempore vacationis præbendarum, sed notitiæ ipsius potius volumus computari.*

49 Gonzalez en el comentario de este capítulo refiere otros que confirman su decision, fundados en que por la morosidad y negligencia pierden el derecho de presentar, y se traslada al obispo ó al superior; y como al que ignora la vacante no se le puede imputar negligencia, tampoco cabe que se le prive de su derecho. Este es un supuesto que hace conocer con evidencia que la disposicion del citado *cap.* 22. *de Jure Patronat.* procede en el caso de ser uno mismo el dia de la vacante y de la noticia, por hallarse el patrono en la iglesia ó lugar, en que necesariamente habia de tener noticia en el momento ó dia de la vacante.

50 En cuanto á la accion de nulidad tienen llano el paso las reglas establecidas por las leyes, de que solo pueden intentarla las partes dentro de los sesenta dias, pero en las excepciones no es tan corriente, porque los autores han llenado el paso de estorbos y dificultades, que es preciso remover.

51 Dicen los insinuados autores lo primero que toda excepcion es defensa, y no puede hacerse cuando no hay persona que pida y demande, sirviendo al mismo tiempo de remover enteramente la accion, ó de dilatar el cumplimiento de las obligaciones, segun la calidad y condicion de las que se llaman perentorias ó dilatorias; y como no está en manos del que ha de ser demandado, que el actor ejercite su accion, no empieza el tiempo exclusivo de la excepcion sino en el momento mismo en que se ejercita la accion, ya sea real ó personal, verificándose por una consecuencia necesaria que si el actor no usa de su accion y derecho, y deja correr el tiempo suficiente en que se prescribe y extingue, que es el de veinte y el de treinta años, segun la *ley* 6. *tit.* 15. *libro.* 4. *Recop.* (Ley 5. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Recop.), no hay necesidad ni proporcion en el reo de usar de la excepcion que le competa; y esta es la razon principalísima, en que se fundan los autores para establecer el axioma, de que aunque la accion sea temporal, la excepcion es perpétua; esto es, que si el actor no usase en tiempo alguno de su derecho, permanecerá la excepcion en el reo con perpetuidad: *ley* 5. §. 6. *ff. de Doli mali, et metus except.* ibi: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nàm hæc perpetuo competit, cum actor idem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur*: *ley* 6. *Cod. de Exceptionib.*: Vinnius *in* §. 9. *de Exceptionib.*

52 Confundidos los autores con la regla general antecedente, incluyeron en ella con error la excepcion de la nulidad contra las sentencias, haciéndola perpétua, sin advertir que en la referida excepcion no concurre la causa indicada, antes bien está en su mano defenderse de la sentencia y de su ejecucion, en el momento que es dada y notificada, porque para esto tiene dos medios: uno es el de la accion que puede y debe intentar en el término señalado de los sesenta dias, y en cualquiera otro que establezcan las leyes; y si omite usar de este medio ordinario, desprecia el beneficio de la ley, cae en morosidad, y viene á confesar que la sentencia no contiene nulidad, y así no puede reclamarla con este título, abrigándose de una excepcion que serviria en este caso para dilatar los pleitos, y hacer ilusorio el importante fin á que se dirige el señalamiento de los sesenta dias. Esta es una doctrina segurísima que conviene á todos los reos que al mismo tiempo que tienen excepcion, gozan igualmente de accion con término prescripto para usar de ella. Así lo notó con discrecion oportuna el mismo Vinnio en el lugar citado versículo 2., pues dejando establecida la regla gene-

ral que se ha insinuado, continúa con la siguiente limitacion: *Secus tamen est, cum quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest, quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquenio finitur*: Gomez *lib.* 1. *Var. cap.* 11. *n.* 20.: *ley* 14. *Cod. de Non numerata pecunia.* De este modo se entiende y debe explicarse la doctrina del señor Covarrubias *en el citado cap.* 25. *de sus Práct. n.* 5.

53 La última y mas poderosa limitacion que refieren los autores citados, á que adhiere tambien el señor Covarrubias en la forma y con la duda que se insinúa, se reduce á la nulidad que procede de defecto de jurisdiccion ó de mandato, la cual dicen que se puede intentar por via de accion fuera del tiempo de los sesenta dias señalados en la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.) y para esto se fundan en que siendo en su raiz nula la sentencia, no alcanza el tiempo á extinguir este vicio, ni á darla valor, conforme á la regla Catoniana que se propone en la *ley* 1. *ff. de Regul. Caton.*, y se repite en las *leyes* 29. 178. 201. 210. *ff. de Regul. jur.*: en el *cap.* 18. *de Regul. juris in Sext.*: en la *ley* 19. *ff. de Appellationib.*, que habla de la nulidad de la sentencia que es dada contra el rigor de la ley; y en otras muchas.

54 La enunciada regla Catoniana procede cuando alguno se quiere auxiliar solamente del tiempo, y esto es lo que literalmente explica: *Quod ab initio vitiosum est, tractum temporis convalescere non valet*; pero si al tiempo se uniese otra calidad ó circunstancia, que existiendo en el principio del acto le hubiese dado valor, no hay duda que recibirá el mismo por la ratihabicion y consentimiento superveniente.

55 En la sentencia dada con defecto de jurisdiccion ó de mandato, si el reo deja correr el tiempo señalado para decir y alegar que es nula por alguna de las causas indicadas, manifiesta que consiente la sentencia, y la tiene por justa, legítima y sin vicio alguno, y si despues quisiere reclamarla, no es obligada la otra parte á contestarle, ni el juez puede oir la instancia ó recurso, de manera que los autores quedaron cerrados, acabado el tiempo de los sesenta dias, con un sello de ley que no puede abrir el juez, ni ver si dentro de ellos hay el vicio y defecto de jurisdiccion que se propone, manteniendo la sentencia por una presuncion poderosa el concepto de justa y legítima que la dan las leyes, y reconoció la misma parte en dejar correr el término en que debió reclamarla.

## CAPÍTULO III.

*De las fuerzas que corresponden al privativo conocimiento de la cámara en la nominacion ó presentacion de los arzobispados, obispados, beneficios consistoriales, prebendas, dignidades y cualesquiera otros beneficios eclesiásticos que vacaren en las iglesias de los reinos de España, en los tiempos y casos que se expresarán* [29.]

1 Consiste la fuerza, de que vamos á tratar aquí, en despojar al rey de la autoridad y facultades que le competen, ó en interrumpirlas, y embarazar su cumplimiento y ejecucion. Esta materia es de la mayor importancia, y su resolucion complicada y dificil. Por tanto para mayor claridad se dividirá por partes en este y los capítulos siguientes, concluyendo en el último con el resúmen de que todos los derechos del patronato real, y las demas causas y negocios encargados por S. M. á la cámara, excluyen el conocimiento de otros jueces y tribunales; y si intentan conocer de ellos, cometen notoria fuerza y violencia, cuya defensa corresponde privativamente á la misma cámara, y alzando y quitándola este tribunal por los medios y modos que se explicarán, quedan expeditas las facultades de S. M., y libres de opresion sus vasallos.

2 El rey nombra y presenta á su santidad personas dignas, naturales de estos reinos, para los obispados de las iglesias catedrales. Esta es una mayoría que viene de inmemorial, autorizada y recordada muchas veces en

las leyes del reino, señaladamente en la 14. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 14. lib. 1. de la Nov. Recop.) *ibi*: «Y de las Prelacías, y Dignidades ma»yores, siempre los Santos Padres pro»veyeron á suplicacion del Rey, que á »la sazon reynaba:» *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 1. (Ley 4. tit. 17. lib. 1. de Nov. Recop.) «Por derecho, y antigua costumbre, y »justos títulos, y concesiones apostóli»cas somos Patron de todas las Iglesias »Catedrales de estos Reynos; y nos »pertenesce la presentacion de los Ar»zobispados, y Obispados, y Prelacías, y »Abadías Consistoriales de estos Reynos, »aunque vaquen en Corte de Roma.»

3 En la instruccion que dió á la cámara para su gobierno el señor Don Felipe II, á 6 de Enero de 1588, de la cual se formó el *aut.* 4. *tit.* 6. *lib.* 1. (Ley 1. tit. 17. lib. 1. de la Nov. Rec.), hizo memoria repetidas veces del derecho y regalía de nombrar y presentar personas dignas para los arzobispados y obispados de las iglesias de la corona de Castilla, reino de Navarra, é islas de Canarias, pues al num. 8. dice: «La provision de las Prelacías, y de »las otras Dignidades, y Prebendas de »mi Patronazgo, conviene que no se »difiera:» al num. 9. repite: «Y para »que no aya dilacion en saberse lo que »vacare, fuera de las Prelacías, que de »éstas luego se tiene noticia,» encarga al presidente y ministros de la cámara que ademas de los informes que se deben pedir á los prelados del reino, de las personas mas beneméritas y á propósito, así para las prelacías como para las otras dignidades y prebendas del real patronazgo, se informen de otras personas desinteresadas, de cuya cristiandad y celo se tenga entera satisfaccion, de los sugetos que conocen para las dichas prelacías, dignidades y prebendas; y al num. 12. concluye con la siguiente disposicion: «El di»cho Secretario de mi Patronazgo ha »de poner dentro de un año, despues »que esta instruccion se publicare, en »un libro enquadernado, y por muy »buena órden, los Arzobispados, y »Obispados, que son á mi presentacion »en la Corona de Castilla, Reyno de »Navarra, é Islas de Canarias.»

4 En el concordato ajustado con la santa sede el año de 1753, se confesó, reconoció y asentó abiertamente la enunciada real preeminencia con las expresiones y cláusulas siguientes: «No aviendo avido controversias sobre »la pertenencia á los Reyes Católicos »de las Españas, del Real Patronato, »ó sea nómina á los Arzobispados, »Obispados, Monasterios, y Beneficios »Consistoriales, es á saber, escritos, y »tasados en los Libros de Cámara, »quando vacan en los Reynos de las »Españas, hallándose apoyado su de»recho en Bulas y Privilegios Apostó»licos, y en otros Títulos alegados por »ellos, y no aviendo avido tampoco »controversia sobre la nómina de los »Reyes Católicos á los Arzobispados, »Obispados, y Beneficios que vacan en »los Reynos de Granada, y de las In»dias, ni tampoco sobre la nómina de »algunos otros Beneficios, se declara »dever quedar la Real Corona en su »pacífica posesion de nombrar en el »caso de las vacantes, como lo ha es»tado hasta aquí; y se conviene en »que los nominados á los Arzobispa»dos, Obispados, Monasterios y Bene»ficios Consistoriales, devan tambien »en lo futuro continuar la expedicion »de sus respectivas Bulas en Roma, en »el mismo modo, y forma practicada »hasta aquí, sin innovacion alguna.»

5 Este derecho y preeminencia se hallan tan radicados en la corona que no puede ofrecer motivo de disputa, ni dar ocasion á los jueces eclesiásticos á inquietar de modo alguno tan alta regalía quedando por este respecto libre de toda violencia, sin necesidad de usar de la potestad real para resistirla.

6 Por las enunciadas disposiciones se reconoce y concibe al mismo tiempo en los señores reyes de España igual potestad y libertad para nombrar y presentar personas dignas en las abadías, monasterios y beneficios consistoriales, y en todas las dignidades, prebendas y beneficios de las iglesias del reino de Granada, en cualesquiera tiempo, lugar y modo que vacaren; y este antiquísimo derecho pone su ejercicio en segura libertad de todo insulto y embarazo, y lo preserva de

fuerza y opresion; pues ni aun aparente motivo podia ofrecerse á los jueces eclesiásticos para intentar conocer en sus tribunales de la presentacion que haga S. M. de los referidos beneficios.

7 De los beneficios que se llaman consistoriales no hay alguno en el reino de Castilla, según consta del libro becerro de la secretaría del patronato; pues aunque se expiden bulas ó breves para la abadía de san Isidro el Real de Leon y para el priorato de Roncesvalles, no se despachan en el consistorio de su santidad, ni se hallan escritos ni tasados en los libros de cámara, que son las dos circunstancias esenciales de donde toman la denominacion de consistoriales. En la corona de Aragon se hallan diferentes de esta calidad, que se expresan por menor en igual libro y registro con que se gobierna la secretaría de este patronato.

8 En el reino de Granada se comprenden las iglesias catedrales de Granada, Málaga, Guadix y Almería, y las colegiales de Antequera, Uxijar y san Salvador de Granada, y una capilla real en dicha ciudad; considerándose todas con los respectivos beneficios que existen en sus territorios del antiguo real patronato efectivo de la corona; y por este título han usado constantemente los señores reyes de España de su libre y absoluta presentacion, arreglándola á las calidades que piden sus estatutos y erecciones.

9 A mas de las tres cláusulas específicas que preservan de entrar en el concordato los arzobispados y obispados, monasterios y beneficios consistoriales, y los correspondientes al reino de Granada, se continúa en el preliminar del propio concordato con una cláusula general que excluye de él otros beneficios en que S. M. ha tenido de antiguo, y tenia al tiempo de ajustarse derecho y pacífica posesion de presentar para ellos personas dignas en todo tiempo y casos de su vacante, en la cual quedó igualmente, como se manifiesta en las siguientes palabras: «Ni aviendo tampoco avido duda so»bre la nómina de algunos otros Bene»ficios, se declara deber quedar la Real »Corona en su pacífica posesion de »nombrar en el caso de las vacantes, »como lo ha estado hasta aquí.»

10 Esta cláusula general comprendió todos los beneficios que perteneciendo al real patronato de S. M. no era fácil expresar ni numerar en los preliminares del concordato, así por ser muchos como por constar de títulos particulares, que no era necesario, ni convenia examinar ni recopilar al intento de que se trataba.

11 Entre los beneficios de esta clase se deben contar las iglesias de las montañas y ante-iglesias, de que habla la *ley* 3. *tit.* 6. *libro* 1. *de la Recop.* (Ley 5. tit. 17. lib. 1. de la Nov. Rec.), las prebendas de san Justo y Pastor, y la abadía de Alcalá la Real, de las cuales tratan los *autos acordados* 12. *y* 14. *tit.* 6. *lib.* 1. (Nota 11. tit. 18. lib. 1., y nota 4. tit. 13. lib. 2. de la Nov. Rec.), y otras muchas que presentaba S. M. libremente antes del concordato, considerándose, en los casos particulares que puedan ocurrir, la antigua posesion de nombrar para dichas iglesias ó sus beneficios, de donde se prueba haber sido del patronato real, y quedar fuera del concordato por virtud de la citada cláusula general.

12 En la misma clase se debe considerar comprendido el antiguo real derecho llamado de resulta, de que usaban los señores reyes de España, proveyendo los beneficios que vacaban, por haber sido presentados sus poseedores en otros del real patronato efectivo.

13 En la citada instruccion que dió á la cámara para su gobierno el señor Don Felipe II, su fecha 6 de Enero de 1588, de la cual se formó el *auto* 4. *tit.* 6. *lib.* 1., se hace memoria de la preeminente regalía y derecho de resulta perteneciente á S. M., pues encarga á la cámara que exprese en sus propuestas ó consultas las piezas eclesiásticas que tuvieren que dejar los que le fueren propuestos, y el valor cierto de ellas, y continúa con la disposicion siguiente: «Tambien se me »propondrán las personas, que se ofre»cieren para las Resultas.»

14 El *auto* 12. *del propio tit. y lib.* (Nota 11. citada) manda que los provistos en beneficios del real patronato, hagan declaracion jurada ante escribano ó notario de todas las prebendas ó beneficios que obtuvieren hasta aquel dia y seis meses antes; y el *auto* 13. (Nota 11. citada) releva á los presentados del juramento y solemnidad indicada en el anterior, mandando observar la declaracion prevenida, y explica al fin, *ibi*: «Por lo mucho »que convenia, á fin de evitar las ocul»taciones de lo que debia quedar á mi »real Provision por el derecho de re»sulta.»

15 Aunque las disposiciones referidas calificaban la suprema regalía de proveer por resulta los beneficios que obtenian los presentados para otros del real patronato, pedia esta generalidad alguna explicacion de los casos y modo de usar de la enunciada prerogativa, cuyo punto se trató con seriedad, y se consultó á S. M. por la cámara en 13 de Setiembre de 1723; y en vista de esta consulta se dignó el rey tomar la conveniente resolucion, de donde se formó el *auto* 18. *del propio tit.* 6. *lib.* 1. (No se trasladó á la Nov. Recop.) En este auto se hace mérito de la antigua inconcusa práctica, que venia desde el tiempo del señor Felipe II y antes, sin que constase de su principio, de usar de la enunciada regalía, declarando extenderse á todo lo eclesiástico de provision pontificia y ordinaria, aun á los beneficios de conmensales de su santidad, y á los dados por cardenal, y hasta á los deanatos afectos á la silla apostólica, porque todas estas preeminencias y regalías de su santidad cedian á la costumbre.

16 Igualmente declaró que abrazaba esta regalía todos los beneficios, sin distincion de que fuesen compatibles ó incompatibles, insinuando los medios de hacer efectiva la vacante de los compatibles, por la donacion ó renuncia que debia hacer ante el ordinario eclesiástico el agraciado por S. M. en prebendas y beneficios de su real patronato.

17 De este derecho incontrastable se hace memoria en la remision al *título* 6. *lib.* 1. *de la Recop. num.* 13. con tres limitaciones, *ibi*: «Pero esto »no se entiende en Prebendas de Con»curso, ni en Beneficios de Patronazgo »de legos, ni en Beneficios patrimonia»les.» Del valor de estas limitaciones, especialmente en cuanto á los beneficios patrimoniales, trataré mas largamente en el capítulo quinto de esta parte tercera.

18 Antes del concordato era mas apreciable el derecho y regalía de presentar por resulta, porque no tenia otro de que usar S. M. en los beneficios que no eran de su real patronato; pues la provision de los incompatibles, ya vacasen en meses apostólicos ó ya en ordinarios, por la posesion pacífica que obtuvieron los agraciados en los de patronazgo real, corresponderia á la santa sede ó al ordinario eclesiástico, á no ser por el derecho de resulta.

19 En cuanto á los beneficios compatibles procedia la retencion, y no llegaba el caso de la vacante, y aun cuando su poseedor hiciese la cesion ó renuncia, quedarian igualmente á la provision de la santa sede ó del ordinario. En estas circunstancias se interesaba mas el cuidado de los señores reyes y de sus tribunales en preservar la enunciada regalía, por la cual quedaban afectos á la presentacion de S. M. unos y otros beneficios desde el punto que aceptaban los del real patronato.

20 Por el concordato quedaron á la provision real las prebendas y beneficios que vacasen en los ocho meses apostólicos; y pudiendo usar de este derecho ordinario, conserva no obstante S. M. el antiguo de proveerlos por resulta, siendo este título regio mas preeminente y ventajoso que el general de patronato y que los correspondientes al rey por indultos y gracias apostólicas, como se verá en el expresado capítulo quinto de esta tercera parte. Por tanto los provee S. M. sin consulta de la cámara, y con tal independencia de ella, unas veces al tiempo que nombra persona para alguna dignidad ó beneficio de los que le corresponden por su patronazgo antiguo ó por el recobrado y adquirido en virtud del concordato: otras forman-

do expediente separado por las secretarías del real patronato de la cámara, y pasándolo estas á las reales manos, nombra S. M. en su vista la persona que estima mas digna, y se devuelven estos nombramientos á las respectivas secretarías por donde se publican en la cámara, y se mandan expedir las reales cédulas de presentacion.

21 Esta novedad en el modo de proveer ó presentar los beneficios, que vacan por resulta, separó de la cámara las consultas y propuestas, que por la primitiva instruccion del señor Don Felipe II la estaban encargadas; pero yo no hallo resolucion contraria á la citada instruccion en este punto, pues el *auto acordado* 18. *tit.* 6. *lib.* 1. no la contiene, y solo el informe, que hizo el secretario del patronato, hace memoria del modo de proveer estas resultas en los términos siguientes: «Dexando siempre al solo conocimiento del »secretario del patronato todo lo con»cerniente á pensiones y resultas, dán»dome inmediatamente cuenta de ellas, »y volviendo de mis Reales manos á las »suyas las resoluciones y toda clase de »decretos sin intervencion ni noticia »de la Cámara en aquellas dos especies, »cuya práctica en lo que mira á resul»tas se ha variado de unos años á esta »parte.»

22 Desentendiéndose la cámara en su consulta del modo, con que el secretario del patronato indicaba deberse proveer los beneficios vacantes por resulta, limitó su dictámen al derecho que correspondia á S. M. con el cual se conformó su real resolucion. La justa causa que pudo haber, para no hacer aprecio de lo que en este artículo informaba el secretario del patronato, seria lo que él mismo aseguraba de haberse variado la práctica en lo tocante á resultas de algunos años á aquella parte. Esta variacion no podia ser otra que la de consultarse las resultas por la cámara, como estaba mandado en la instruccion del señor Don Felipe II, y parecia mas conforme su continuada observancia á las soberanas intenciones de S. M. de proceder con el mas seguro acierto en la eleccion de personas dignas para el servicio de las iglesias, y de no exponerse, sin el dictámen de la cámara, á que recayesen las prebendas y beneficios en personas destituidas de las calidades apetecidas por los estatutos de las iglesias, como ha sucedido algunas veces, reclamando despues los agraciados la indulgencia ó dispensacion de ellas, á que ha condescendido S. M. en algunas ocasiones, habiéndose desestimado en otras semejantes solicitudes, de donde procedia quedar sin efecto la presentacion ejecutada por via de resulta sin noticia ni conocimiento de la cámara.

23 Pasando ahora con estos preliminares á las disposiciones del concordato, se pueden reducir á dos principales que forman regla en toda la materia beneficial: por la primera deja á los ordinarios eclesiásticos el derecho y potestad que tenian de nombrar y proveer las dignidades, prebendas, beneficios y préstamos que vacasen en los cuatro meses de Marzo, Junio, Setiembre y Diciembre, sin que el intento del concordato se dirija en manera alguna á perjudicarlos en el derecho y posesion en que se hallaban, debiendo por consecuencia continuar sin novedad en la misma.

24 La segunda regla comprende á favor de S. M. y de los señores reyes sus sucesores perpetuamente todas las dignidades, prebendas y beneficios de la clase y naturaleza que expresa el mismo concordato en el capítulo quinto, que vacaren en los ocho meses restantes del año, llamados apostólicos, porque los proveia la santa sede, en cuyo lugar y derecho fué subrogada á mayor abundamiento la corona.

25 La citada regla primera quedó sujeta á diferentes restricciones, siendo una de ellas nueva y comun á la segunda regla de los meses apostólicos, reducida á la reserva especial que hizo su santidad de los cincuenta y dos beneficios que expresa el citado concordato, y quedaron afectos á la provision de la santa sede en cualquiera mes, y de cualquiera modo que vacasen. Las otras restricciones son propias de la primera regla, observadas muy de antiguo, las cuales se entenderán y percibirán mejor, distri-

buyéndolas y aplicándolas á los casos siguientes.

26 La presentacion de las dignidades, prebendas ó beneficios que vacaren en los referidos cuatro meses ordinarios, hallándose vacante la dignidad episcopal, corresponde á los señores reyes de España. Lo mismo sucede aun cuando vacaren dichos beneficios en los enunciados meses ordinarios, viviendo entonces el obispo, si murió sin proveerlos; y aun si vacaren despues de expedidas las bulas al obispo sucesor, vistas por la cámara, concedido su pase, y libradas las cédulas correspondientes llamadas ejecutoriales, pero antes que el prelado haya tomado real y efectiva posesion de su dignidad, no los puede ni debe proveer, y corresponde su presentacion á S. M.

27 En los tres casos referidos, que son otras tantas limitaciones ó explicaciones del derecho de los ordinarios en sus respectivos cuatro meses, han ocurrido diferentes dudas, que examinadas por la cámara se han decidido á favor del real patronato de la corona.

28 El cardenal de Solís, arzobispo de Sevilla, murió sin proveer el beneficio de la Puebla que habia vacado en mes ordinario, y su sucesor el cardenal Delgado lo presentó en Don Miguel de Vargas. Con este motivo se formó expediente en la cámara, y por real resolucion de 28 de Enero 1778, se declaró corresponder á S. M. la provision del citado beneficio, y de los demas que en iguales circunstancias dejasen de proveer los prelados, á quienes se comunicó esta resolucion por cartas circulares de 27 de Marzo del mismo año de 1778.

29 El obispo de Córdoba Don Francisco Garrido murió sin proveer el préstamo de Mari-Jimeno, y S. M. nombró para él á Don Victor Antonio Chatel. El actual obispo, inmediato sucesor de Garrido, se excusó á darle la colacion, pretestando le correspondia la provision de dicho beneficio; y la cámara, desestimando su intento, mandó pusiese en posesion del referido préstamo al nombrado por S. M., como así lo ejecutó el obispo.

30 En el año de 1780, hallándose vacante la dignidad episcopal de Palencia, vacaron dos raciones de aquella santa Iglesia en mes ordinario, y el cabildo las proveyó en Don Manuel Gonzalez y Don Tomas Hoz. Habiendo oido la cámara al cabildo sobre el derecho que pretendia tener en las provisiones de las dos enunciadas raciones, y lo que expuso acerca de la costumbre inmemorial de mas de trescientos años, confirmada por la silla apostólica, en cuya virtud proveian el cabildo y obispo simultáneamente las prebendas que vacaban en los meses ordinarios, y que para evitar desavenencias se habian concordado en hacerlo por turno y alternativa, conservando siempre la raiz de la simultánea para el caso de estar vacante la mitra, haciendo constar que así lo habia ejecutado en casos semejantes, en vista de todo declaró la cámara, á consulta con S. M., que la provision de la primera racion, correspondiente al turno del reverendo obispo, tocaba á S. M., estimando por legítima la que habia hecho el cabildo de la segunda racion, por corresponder á su turno. Y esta real resolucion se comunicó por punto general á todos los prelados del reino con las explicaciones convenientes, para que entendiesen y procediesen en lo sucesivo con arreglo á ella y á las demas prevenciones que contenia la carta circular de Setiembre de 1782.

31 En 16 de Marzo de 1785 vacó en la catedral de Coria la dignidad de chantre por muerte de Don José Melchor Carrillo su poseedor. En 14 de Febrero anterior se expidieron por su santidad las bulas de confirmacion del obispo electo Don Fr. Diego Martin, que lo fué antes de Ceuta, á las cuales dió la cámara su pase, y mandó librar las reales cédulas correspondientes en el dia 14 del propio mes de Marzo.

32 El obispo pretendió se declarase pertenecerle la provision de la enunciada dignidad, motivando que así como hacia suyos los frutos de la mitra desde la expedicion de las bulas, se debia contar en esta clase la provision de beneficios, considerándole pa-

ra estos dos fines en posesion efectiva, y haber cesado desde aquel punto su vacante. Y la cámara, oido el señor fiscal, declaró en decreto de 14 de Noviembre del propio año de 1785, corresponder á S. M. la presentacion y nombramiento de la referida dignidad de chantre; y se dió aviso al obispo de esta resolucion, la cual tuvo cumplido efecto en la persona que S. M. se sirvió nombrar. Igual caso y con las mismas circunstancias ocurrió con el muy reverendo arzobispo de Tebas, confesor de S. M. y obispo de Osma, en el año de 1787; y examinado en la cámara este expediente por real órden de S. M., se acordó la misma resolucion indicada con el obispo de Coria, estimando corresponder á S. M. la presentacion del canonicato que habia vacado en aquella santa iglesia en mes ordinario, despues de entregadas las bulas al muy reverendo arzobispo, pero sin haber tomado posesion de la mitra; y en su consecuencia se expidió la real cédula de presentacion á favor de la persona que señaló por mas benemérita su confesor, como resulta del enunciado expediente determinado por la cámara en el dia 9 de Mayo del propio año de 87.

33 Resumiendo lo declarado en los casos referidos, se demuestra que los beneficios, prebendas ó dignidades que vacasen en el mes ordinario, y perteneciesen á la provision del obispo, estando vacante la mitra, corresponden al derecho de S. M. Esto mismo sucede en las que dejasen de proveer los obispos, deduciéndose que así este caso como el último, en que no habia tomado posesion efectiva el obispo de Coria, se comprenden todos en la disposicion de las mitras vacantes, en cuyo lugar y derecho quedó subrogado S. M.

34 La constitucion ó regla segunda de la cancelaría reservó á la santa sede los beneficios y dignidades, cuya provision tocase á los obispos, si vacasen despues de su muerte, dimision, privacion ó traslacion á otras iglesias, en todo el tiempo que vacare la mitra ó dignidad hasta la pacífica posesion del sucesor, ibi: *Quæ post illorum obitum, aut ecclesiarum, seu monasteriorum, vel aliarum dignitatum suarum dimissionem, seu amissionem, vel privationem, seu translationem, vel alias quomodocumque vacaverint, usque ad provissionem successorum ad easdem ecclesias, aut monasteria, vel dignitates, apostolica auctoritate faciendam, et adeptam ab eisdem successoribus pacificam illorum possessionem, quomodocumque vacaverint, et vacabunt in futurum.*

35 Por la letra de esta disposicion quedaron expresamente reservadas á la provision de la santa sede todas las dignidades, prebendas y beneficios, que perteneciendo á los ordinarios vacasen despues de su muerte, dimision, privacion ó traslacion, que quiere decir, estando vacante la silla episcopal. En este mismo derecho y facultad fué subrogado el de la corona á mayor abundamiento en el artículo quinto del concordato por las siguientes palabras: «Y »del mismo modo tambien en el caso de »vacar los beneficios en los meses ordi»narios, cuando vacan las sillas arzo»bispales, y obispales, ó por cualquie»ra otro título.»

36 Del derecho que tenia su santidad para proveer los enunciados beneficios en las vacantes de los arzobispados y obispados, no es lícito ya dudar á vista de la constitucion referida, autorizada por tan antigua y continuada posesion, ni conviene examinar la causa que tuvieron los sumos pontífices para esta reserva, de la cual trataron largamente los autores, explicando su orígen, causas y efectos: Riganti *en sus comentarios á la citada regla segunda de la cancelaria*, §. 3. *n.* 1. *y siguientes*: García *de Benefic. part.* 5. *cap.* 1. §. 4. *à n.* 221.: Loter. *de Re beneficiaria, lib.* 2. *quæst.* 34.: Van-Spen *in Jus ecclesiasticum, tom.* 2. *part.* 2. *tit.* 23. *cap.* 4.: Thomas. *de Benefic. tomo* 2. *part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 45. *n.* 15.

37 No es mi intento excitar dudas acerca de la observancia de la citada regla segunda, sino satisfacer y explicar las tres que ocurrieron en la cámara, y anteriormente se han indicado. La duda que se suscitó acerca de los beneficios de Sevilla y Córdoba que vacaron en mes ordinario, vinien-

do sus respectivos prelados, no se conforma con la letra de la citada constitucion ó reserva, pues no es lo mismo vacar los beneficios viviendo el obispo que suceder esto despues de su muerte; y esta es la circunstancia que da entrada á la reserva, y falta enteramente en las vacantes anteriores á la muerte del obispo.

38 Todos los principios, que forman reglas ciertas en buena jurisprudencia, convienen en que las constituciones y establecimientos deben entenderse segun la sencilla y natural significacion de sus palabras, así como ellas suenan, sin apartarse de la propiedad con que generalmente son entendidas, á menos que en algun juicio haya manifestado el legislador contraria inteligencia, y sea esta tan evidente que no deje lugar á la menor duda: porque se debe imputar al mismo que dió la ley, ó formó la constitucion, el no haberla explicado claramente; y se presume, cuando no lo hizo así, que no fué su intencion diferente de la que manifiestan los instrumentos de sus palabras en la sencilla y natural significacion que tienen.

39 A estas reglas coadyuvan otras no menos constantes, siendo una que las disposiciones que corrigen el derecho comun, no pueden extenderse ni aun por identidad de razon á diversos casos, personas y circunstancias, y que se deben guardar estrechamente las que expresan en su letra y en su natural inteligencia, y no pudiendo dudarse que la enunciada constitucion ó reserva, de que trata la regla segunda, restringe y corrige el derecho comun que autoriza generalmente á los obispos para proveer los beneficios de su diócesis en cualquiera tiempo y modo que vacaren, debe entenderse, en cuanto tenga algun efecto, con el menor daño posible del derecho de los obispos.

40 La facultad que tenia el actual prelado para proveer los beneficios que vacaron en su vida, no la debe perder por no haber usado de ella, porque el derecho les concede tiempo competente para pensar y deliberar en las personas que deben elegir para el servicio de las iglesias que estan á su cargo; y la misma facultad se traslada al sucesor, conservándose aquel fruto de la eleccion, como se trasladaban en otro tiempo sus rentas y emolumentos; y así para interrumpir los efectos indicados en el prelado sucesor era necesario que abiertamente se hubieran reservado á su santidad, comprendiendo tanto las vacantes, que sucediesen despues de estarlo la mitra, como las anteriores que no estuviesen provistas por el prelado al tiempo de su muerte.

41 Aunque las consideraciones expuestas en este artículo inclinan poderosamente á juzgar por el derecho del obispo sucesor, la autoridad de la cámara bastaria por sí sola para deponer mi dictámen, y para moverme á adoptar el que manifestó en los dos casos referidos de los muy reverendos arzobispo de Sevilla y obispo de Córdoba, aun cuando yo no alcanzase el fundamento de su resolucion: porque no siempre se descubre el que han tenido los tribunales superiores en sus determinaciones, y menos los que han motivado las soberanas resoluciones de S. M. Pero entrando de intento á considerar las razones que expresa la cámara, y las que supone en su citada circular de 27 de Marzo de 1778, se convencerá con demostracion la justicia de su dictámen y de la resolucion de S. M.

42 Dos hechos hizo presentes la cámara á S. M. en el expediente del reverendo arzobispo de Sevilla: uno que la práctica seguida por la santa sede antes del último concordato, era conferir los beneficios que los prelados dejaban sin proveer al tiempo de su muerte ó de sus traslaciones á otros obispados: otro que esta práctica se ha continuado por S. M. despues del mismo concordato, como subrogado plenamente de los derechos de su santidad.

43 Si por el primer hecho se quiere entender que la constitucion ó reserva de la regla segunda recibió interpretacion ó declaracion del caso omitido, considerándolo comprendido en la letra de la misma regla, ¿quién

se la podria dar con mayor conocimiento y autoridad que la misma santa sede? Y si de la práctica continuada en semejantes provisiones, se quiere deducir haber sido la voluntad de su santidad ampliar la reserva, y hacerla de nuevo en el caso referido no será violento concebirlo así, mayormente auxiliándose este pensamiento de la general conformidad con que fué usada y entendida; pues á uno de los dos títulos de interpretacion ó nueva ley es preciso atribuir la práctica de la santa sede, sin que se halle diferencia esencial en que explicase su intento con palabras ó con hechos y observaciones repetidas.

44 La razon particularísima que excitó la reserva de la citada regla segunda en lo literal que expresa, segun el dictámen uniforme de los referidos autores que trataron de ella, consiste en el deseo de que no vacasen largo tiempo los beneficios con grave daño de las iglesias y de los fieles, como sucederia si los que vacan despues de la muerte del prelado se reservasen á la provision del sucesor; y verificándose mayor dilacion necesariamente en los que vacaron en vida del obispo, y dejó sin proveer, que en los vacantes despues de su muerte, concurre mayor razon en estos para que, consultando la santa sede el bien de las iglesias, las proveyese de sirvientes sin esperar al nuevo prelado; y seria por otra parte inconsecuencia atender á la provision de las vacantes de menor tiempo, y olvidarse de las antiguas, de las cuales se puede presumir que no hizo especial memoria en la citada regla segunda, por ser caso rarísimo que los obispos no provean inmediatamente los beneficios que vacan en sus meses ordinarios, y ser mas propio de las disposiciones, que forman ley ó regla, acomodarse á los casos comunes, sin que por eso excluyan los raros cuando sucedan, si están en la misma ó en mayor razon que los frecuentes.

45 Últimamente si se medita bien la enunciada regla segunda en su fin y objeto, puede elevarse al concepto de favorable por el interes y utilidad general que tienen las iglesias y los fieles en la mas pronta provision de los beneficios; y esta es la causa, que en mi dictámen debe prevalecer al interes particular de los obispos sucesores, de quienes ni aun se debe presumir que tengan ningun interes mas íntimo que el de las mismas iglesias en que se provean los beneficios con la brevedad posible en cualquiera tiempo y caso que vaquen. Pues si esto se lograba, cuando proveia la santa sede los beneficios que vacaban en cualquiera de los dos tiempos, antes ó despues de la muerte de los obispos, mas cumplidamente se aseguran estos fines con la presentacion que hace S. M., pues ni la dilata, ni necesita mendigar noticias de las personas dignas para el servicio de las iglesias, porque las tiene autorizadas por los prelados por aquellos medios mas seguros que previno el señor Don Felipe II, y ha observado constantemente la cámara, siendo en el dia mas estrechas las prevenciones, que en este punto hizo S. M. en su real decreto de 24 de Setiembre de 1784.

46 Tambien asegura la cámara, y propone á S. M. como fundamento de su dictámen, que la misma práctica observada por la santa sede en proveer los beneficios, que dejaban vacantes los obispos, se ha continuado por el rey despues del concordato; y ésta es otra nueva explicacion que fortalece la antigua, sirviendo al mismo tiempo de efectiva posesion, que seria suficiente por sí sola para continuarla, hasta que se declarase en juicio competente mejor derecho en los obispos, quienes nunca hicieron tales provisiones despues de la citada reserva; y las que intentaron ejecutar dieron causa al expediente y á la resolucion de S. M. comunicada en la circular de 19 de Marzo de 1782.

47 La dimision ó renuncia del obispado causa tambien su vacante, pero no es tan cierto su principio como el de la muerte. Para la renuncia precede licencia del rey, la cual remite S. M. á la cámara, extendida en instrumento público, en cuya vista propone y consulta este tribunal personas dignas para el mismo obispado;

y á consecuencia de su nombramiento y aceptacion se expiden los despachos correspondientes, y se remiten por mano del ministro ó agente general en Roma juntamente con la renuncia de dicho obispado. De uno y otro se da cuenta á su santidad, y se publican en un mismo consistorio la admision de la renuncia, absolviendo al uno del vínculo que tenia con la Iglesia, que es el principio de la vacante, y eligiendo y confirmando en su lugar la persona nombrada por S. M., mandando expedir las respectivas bulas ó letras apostólicas de la admision de la renuncia y absolucion al renunciante del vínculo que tenia con aquella iglesia, y de la publicacion del nuevo obispo; de manera que el punto en que acaba el uno es principio de la sucesion del otro, y no hay vacante efectiva canónica. Pero como esto se ha de regular en cuanto al ejercicio de jurisdiccion y administracion del obispado por la noticia y conocimiento de los hombres, puede reducirse la conclusion de esta materia á que la vacante empieza á ser efectiva desde que por medios de suficiente prueba llega á noticia del anterior obispo haberle admitido su santidad la renuncia, absolviéndole del vínculo que tenia con la iglesia, desde cuyo punto no puede ejercer acto alguno de jurisdiccion.

48 El elegido tampoco puede usar de la autoridad que confieren las bulas y letras apostólicas hasta tanto que vistas en la cámara se expidan las ejecutoriales correspondientes para su cumplimiento; aun entonces no le aprovecharán para el fin de proveer los beneficios que vacaren, que es el objeto de este discurso, mientras no tome posesion pacífica del obispado, que es el término de la vacante, debiendo ser esta siempre de poquísima duracion, por el corto tiempo que puede mediar entre la presentacion de las bulas de la absolucion del vínculo del primer obispo y de la confirmacion del nuevo; no pudiendo tampoco el cabildo pasar á declarar la vacante sin hacer constar á la cámara estos antecedentes, ya sea por hallarse presentadas las enunciadas bulas, ó porque el mismo cabildo presente testimonio del secretario del consistorio.

49 Del mismo modo vaca el obispado por la traslacion del que lo obtenia á otro, y por su absolucion del vínculo de la primera iglesia, sin otra diferencia entre la renuncia y la traslacion que la de nombrarse en aquella y remitirse al mismo tiempo nuevo obispo, y expedirse en el mismo consistorio las bulas y admision de la renuncia, y las de la publicacion y confirmacion del obispo electo, estando en uno y otro caso señalados los tiempos y modo con que puede y debe publicarse la vacante de la iglesia, por breve de la santidad de Urbano VIII y reales cédulas auxiliarias de su cumplimiento.

50 El enunciado breve se expidió en 20 de Marzo de 1625 á instancia y súplica del clero de España, en el cual, de consejo de los cardenales intérpretes del concilio, declaró su santidad que la iglesia, de donde con su propio consentimiento es trasladado á otra el obispo, vaca desde aquel punto en que éste es absuelto del vínculo de ella en el consistorio de su santidad, aun antes de la expedicion de las letras apostólicas y posesion de la segunda iglesia, de modo que despues que por testimonio del secretario del sacro colegio ó en otra forma tenga noticia de su absolucion el obispo trasladado, debe abstenerse inmediatamente del ejercicio de la jurisdiccion ordinaria, y pasarla al cabildo; y éste en el instante puede y debe usar de dicha jurisdiccion, publicar la sede vacante, y elegir oficial y vicario general, segun el capítulo 16. del santo Concilio de Trento, *ses.* 24. *de Reformat.*

51 Por real cédula de 5 de Octubre de 1630, dirigida al dean y cabildo de la catedral de Córdoba, que intentaba publicar la vacante de aquella iglesia, con noticia de que su obispo D. Cristobal de Lobera habia sido trasladado al obispado de Plasencia, se le mandó que, no embargante el breve de Urbano VIII expedido en esta razon, no publicase dicho cabildo la sede vacante de aquella iglesia hasta tanto que

por testimonio auténtico visto y examinado en la cámara constase haber pasado su santidad á dicha iglesia de Plasencia al citado obispo Lobera.

52 Por esta real cédula se autorizó y auxilió lo dispuesto por el papa Urbano VIII, añadiendo para asegurar mas su cumplimiento, y excluir noticias inciertas y testimonios aparentes, con que podrian los cabildos proceder á declarar las vacantes de sus iglesias, que solo lo hiciesen cuando constase del modo y por el medio indicado.

53 En 9 de Agosto de 1633 se expidió otra cédula por la cámara, igual á la de 5 de Octubre de 1630, para que el dean y cabildo de la iglesia catedral de Cádiz no publicase la vacante, que suponia haber causado Don Fr. Plácido Pacheco por su promocion á la iglesia de Plasencia, sin que primero la acreditase en la cámara con testimonio del secretario del sacro colegio de cardenales, el cual presentó despues, pidiendo que se le diese licencia para publicarla, y se le concedió con efecto en cédula de 11 de Setiembre del mismo año de 1633, en cuanto tocaba á S. M.

54 En el año de 1736 el señor Don Felipe V concedió permiso al arzobispo de Valencia para renunciar aquella mitra, y nombró al mismo tiempo para dicho arzobispado al obispo de Ceuta Don Andres Mayoral; y remitidos los respectivos instrumentos á la curia romana con real despacho de 18 de Diciembre de 1737, se expidieron las bulas en 17 de Enero de 1738 con expresion de la citada renuncia, su admision y presentacion del arzobispado en el nuevo arzobispo electo, absolviendo al anterior del vínculo con la iglesia de Valencia. Presentadas en la cámara estas bulas pidió el cabildo de Valencia, y se le mandó dar certificacion del dia en que su santidad habia admitido la renuncia, absuelto del vínculo con aquella iglesia al antiguo arzobispo, y despachado al nuevo electo, para proceder con este seguro conocimiento á publicar la vacante.

55 En el año de 1755 se concedió igual permiso al obispo de Tarazona para que pudiese renunciar su obispado, hízolo así, y habiendo nombrado S. M. para él al obispo de Jaca Don Estevan Vilanova, se practicaron las mismas diligencias que en las anteriores citadas renuncias; y aunque se juntó el cabildo de Tarazona para declarar la vacante mediante la noticia que tenia de haberse expedido las bulas al nuevo obispo, y desatado y absuelto del vínculo al anterior, acordó no ser suficientes las noticias y avisos con que se hallaba para declararla, y en efecto no lo hizo hasta que obtuvo certificacion y real cédula de la cámara. Del mismo modo, y con igual documento procedió el cabildo de la catedral de Palencia el año de 1750 á declarar la vacante causada en la traslacion de su obispo Don José Rodriguez Cornejo al obispado de Plasencia.

56 Últimamente el obispo de Avila Don Antonino Sentmanat y de Cartellá, promovido al empleo de pro-capellan mayor y patriarca de las Indias, renunció el obispado con real permiso; y habiendo nombrado S. M. al obispo de Jaca, fray Don Julian de Gascueña, admitida la renuncia por su santidad, y expedidas las correspondientes bulas, dió el patriarca noticia circunstanciada de este hecho á su provisor y gobernador del referido obispado de Avila; y pasándola éste al cabildo, se declaró la vacante en el extraordinario de 21 de Julio de 1784. Con este motivo se excitó duda acerca de esta declaracion por no haber esperado el correspondiente testimonio del sacro colegio y la cédula de la cámara, y á consulta de este tribunal de 7 de Marzo de 1785 se sirvió resolver S. M.: «Que »se diera á entender al cabildo de Avi»la que se exedió en pasar á publi»car la vacante, antes de dar cuenta »á la misma Cámara, y de obtener su »licencia, con pleno conocimiento del »estado de la renuncia hecha por el »Patriarca, y del contenido de sus bu»las: previniendo al cabildo, y á los »demas de España, se arreglen á estas »formalidades, segun está mandado »por repetidas Reales cédulas en los »casos de traslacion ó renuncia, para »evitar otras conseqüencias. Y en cum»plimiento de esta Real resolucion, se

»comunicó en carta circular de 1.° de »Mayo del propio año de 1785.»

57 Por los estados de renuncias y traslaciones que se han referido, consta causarse la vacante del obispado en el punto en que el obispo es absuelto del vínculo que tenia con aquella iglesia; pero que su declaracion no puede hacerse sin que conste en la cámara, y se conceda licencia al cabildo para publicarla y proceder á lo demas que dispone el santo Concilio de Trento. Este intermedio entre la vacante efectiva y su declaracion puede ofrecer duda en las vacantes de dignidades, prebendas ó beneficios de la iglesia que renunció el obispo, ó de la que fué trasladado á otra.

58 La misma duda y aun mayor se presenta en órden á los beneficios, prebendas y dignidades que vacan en mes ordinario, antes ó despues de la renuncia que hace el obispo, y cuando se le admite ésta, se publica, y es absuelto del vínculo con aquella iglesia en el consistorio de su santidad, sin haber provisto hasta entonces los referidos beneficios vacantes, y estos dos tiempos son el objeto de la cuestion y del discurso.

59 La resolucion en mi dictámen es comun á los dos casos referidos, reducida á que desde el punto en que el obispo fué absuelto por su santidad del vínculo que tenia con su iglesia, queda esta vacante; y de consiguiente no puede proveer los beneficios que lo estuviesen anteriormente, ni los que vacasen despues hasta el dia de la noticia de la admision de la renuncia, publicacion y absolucion del vínculo, hechas en el consistorio de su santidad. Esta es una verdad que, aunque se ha tocado pasageramente por algunos autores con oscuridad y complicacion de argumentos, puede demostrarse por principios sólidos y sencillos.

60 El citado breve del papa Urbano VIII de 20 de Marzo de 1625 dispone y declara que la iglesia, de donde es trasladado un obispo á otra, vaca en el mismo tiempo y momento, en que es absuelto del vínculo de ella en el consistorio de su santidad, y para dar todo el valor y fuerza de la vacante á la absolucion del vínculo, añade que no es necesario esperar la expedicion de las letras apostólicas ni la posesion de la segunda iglesia; y en esto quiere decir bien claramente que en aquel instante, en que es absuelto del vínculo, deja de ser obispo de dicha iglesia, y faltándole este título y representacion, no puede ejercer acto alguno de jurisdiccion, ni proveer los beneficios que hubiesen vacado en tiempo que era obispo, y menos los que vacaron despues que dejó de serlo, pues viene á quedar como si nunca lo hubiera sido, y con el mismo efecto en la vacante, que se causa por traslacion ó renuncia, que en la que resulta por muerte; y aun en cierta manera son aquellas mas eficaces para excluir toda accion y derecho del obispo, porque procede por su propia voluntad á renunciar el obispado, y á consentir su traslacion, y en la muerte del obispo procede sin su voluntad la vacante. Quedando ya pues fundado en el discurso de este capítulo que vacando los beneficios en mes ordinario, y viviendo el obispo, si llegase á morir sin proveerlos, corresponden á S. M. segun el espíritu de la regla segunda de la cancelaría, declarado en los ejemplares que observó la santa sede, y en los que siguió la cámara, y sirvieron de fundamento para establecer y declarar por punto general esta regla, que se comunicó en la circular de 27 de Marzo de 1778, no puede ofrecerse duda en que corresponde á S. M. la provision de los beneficios vacantes antes y despues de la absolucion del vínculo.

61 En la citada regla segunda se ponen por su órden las causas de las vacantes, es á saber, por muerte, dimision, privacion ó traslacion á otras iglesias, y en todas ellas con el propio efecto de quedar reservados á la provision de su santidad los beneficios que vacaren despues de vacante la mitra por cualquiera de las causas indicadas; y siendo uno mismo en este caso el efecto, lo debe ser tambien en los beneficios que vacan antes de la muerte del obispo, de su dimision, privacion ó traslacion, si muriese natural ó civilmente sin haberlos proveido.

62 Los que son elegidos y confirmados por la santa sede para obispos reciben en aquel momento la potestad de jurisdiccion y gobierno, y forman con la iglesia, á que los destina, un vínculo estrechísimo que los obliga á cuidar de los bienes de ella, y á atender con diligencia al de los fieles de su diócesis por sus propias personas, y por otras que llaman en su auxilio; y de este principio y obligacion les viene la de señalar á los que sirven en sus iglesias la cóngrua competente para que puedan mantenerse, que es lo que se llama proveerlos de beneficios, no pudiendo dudarse de esta verdad que en otro lugar explicaré mas por extenso.

63 En este supuesto se debe hacer otro igualmente seguro, cual es que las cosas se disuelven por las mismas causas y medios de donde nacen. El vínculo y obligacion, que contrajo con la iglesia el obispo electo, queda disuelto cuando su santidad le admite la renuncia, ó le traslada á otra iglesia; de cuya autoridad tampoco puede dudarse, por lo que disponen en las dos partes referidas los *capítulos* 15. *ext. de Electione*, 1. 2. 3. *y* 4. *de Translatione Episcopi*, con otras muchas autoridades que recogió el señor Gonzalez sobre el citado *cap.* 1. *de Translat.* De consiguiente viene á faltar y extinguirse en la raiz aquella primitiva obligacion que tenia el obispo de administrar el pasto espiritual á los de su obispado, que era la razon porque le competia el dar á sus coadjutores con que poder sustentarse, lo cual es en su orígen, y lo ha sido siempre, la verdadera provision de beneficios.

64 Los autores, que trataron este punto, fueron de la misma opinion, como puede verse en el Rosa *de Distribut. reddit. benefic. cap.* 7. *n.* 88. *y siguientes*, auxiliándose, en confirmacion de su dictámen, de los efectos que causan las vacantes en los frutos temporales reservados á la cámara apostólica, pues los percibe igualmente en las que proceden por muerte, traslacion ó cesion.

65 Aunque las autoridades y reflexiones en que se ha fundado el derecho de S. M. á proveer los beneficios en todas las vacantes, ya se causen por muerte del obispo, ya por su cesion ó traslacion, hagan formar un justo y seguro concepto de su verdad, no obstante todavía admite graves dudas, si se considera que la presentacion ó provision de beneficios es fruto del patronato ó dignidad episcopal, y que ésta cede al poseedor de buena fe, cual es el que está auxiliado con algun título, á lo menos presunto ó verosímil, bastándole un solo acto de posesion en el último estado de presentar ó proveer, para ser preferido en la percepcion de este fruto al que disputase y probase despues la propiedad del derecho de presentar ó proveer los mismos beneficios.

66 Todas estas proposiciones son comunes en el derecho y se hallan autorizadas en el *cap.* 24. *ext. de Electione*, en los 18. *y* 19. *ext. de Jure Patronat.*, en la *ley* 9. *tit.* 15. *Part.* 1., y en otras muchas decisiones que reunió el señor Gonzalez en el *coment. al citado cap.* 24. *ext. de Elect.*

67 Los obispos que ceden ó renuncian su obispado, y los que consienten en ser trasladados á otras iglesias, no se desprenden con estos actos de la posesion y pleno derecho que tienen por su dignidad á proveer los beneficios que vacaren en sus meses ordinarios; y aun estan en la obligacion de hacerlo con toda la brevedad posible por el interes y beneficio de sus iglesias, siendo consiguiente que los provistos por el obispo, en el tiempo que conserva la posesion y buena fe de proveerlos, subsistan y sean amparados en los mismos beneficios, sin que se puedan remover por el patrono que probase serlo en propiedad en aquel tiempo, ignorándolo el poseedor de buena fe, como lo era el obispo, antes de llegar á su noticia que estaba absuelto por su santidad del vínculo que tenia con su iglesia.

68 Pruébase esta proposicion, sobre las autoridades y reflexiones expuestas, por el mismo breve citado de la santidad de Urbano VIII de 20 de Marzo de 1625, en el cual supuesta la vacante de la iglesia de donde es trasladado el obispo, causada en el hecho y

momento de ser absuelto del vínculo de ella en el consistorio de su santidad, dispone y manda: «Que despues »que por testimonio del secretario del »sacro colegio, ó de otro modo tenga »noticia de su absolucion el obispo tras»ladado, debe abstenerse inmediatamen»te del ejercicio de la jurisdiccion ordi»naria, y pasarla al cabildo.»

69 Pues si puede usar de toda su jurisdiccion hasta el tiempo en que tenga noticia de la absolucion del vínculo, tambien podrá ejercitarla en la provision de beneficios, y solo deberá abstenerse de estos actos de jurisdiccion, cuando sepa ciertamente que está absuelto del vínculo y de las obligaciones contraidas con aquella iglesia.

70 Por otra parte se puede considerar que los obispos, que renuncian ó consienten en su traslacion, comprometen sus derechos con la voluntad de su santidad; y así no pueden estar seguros de que los mantienen cuando proveen los beneficios, mayormente si ha mediado suficiente tiempo para que llegasen las renuncias ó traslaciones á noticia de su santidad. Esta duda probable, de que puedan estar absueltos de vínculo con su iglesia, excluiria la buena fe del obispo en la provision de los beneficios que hubiesen vacado despues de la absolucion del vínculo, y aun en la de aquellos, que estando antes vacantes, fuesen provistos despues por él.

71 La citada *ley* 9. *tit.* 15. *Part.* 1. presenta en su contexto una regla ó disposicion general por la cual establece que «arrendando, ó empeñando Or»den, ú otro ome qualquier su Villa, ó »Aldea, de que oviese señorío; si oviese »y Eglesia, é el derecho del Patronazgo »fuese suyo, pasa el poder de presen»tar Clérigo para la Eglésia, quando va»care, é los derechos del Patronazgo, »que y avia, á aquel que la tomó ar»rendada, ó empeñada.» Amplía la ley esta regla al caso en que la misma heredad volviese á manos de aquel que la empeñó ó arrendó, y dispone que si antes de este regreso el arrendatario hubiese presentado clérigo, este no debe perder la iglesia. Lo mismo sucederia cuando el arrendatario creyese de buena fe que no le exceptuaron señaladamente el derecho del patronazgo al tomar el arrendamiento, y que de consiguiente podia presentar clérigo; pues si en este caso le presentase en la vacante de la iglesia, y se la diese el obispo, no la perderia, aunque despues le moviese pleito el señor de la heredad, alegando que él tenia derecho de presentar, por haberse exceptuado el patronazgo del arrendamiento, y aun cuando probase que así habia sido.

72 Continúa la ley poniendo el caso de que habiéndose movido pleito sobre haber excluido del arrendamiento el derecho de patronazgo, presentase no obstante el arrendatario clérigo, le recibiese el obispo, y le diese la iglesia, y dice que si despues probase el señor la excepcion, no la debe tener. Aquí se ve claramente que la duda, que induce el pleito movido sobre el derecho que presumia tener el arrendatario, le impide la buena fe, inhabilitando su presentacion y la colocacion consiguiente del obispo.

73 En las demandas ordinarias se califican iguales efectos en el poseedor de los bienes y derechos que se piden; pues aunque hasta entonces haya estado en la posesion de ellos con buena fé, no continúa esta, y se interrumpe ó suspende con la duda que produce el pleito, y declarada la propiedad á favor del actor, se incluye la restitucion de frutos, y no los adquiere el poseedor, aunque los haya percibido y consumido desde la contestacion de la demanda.

74 ¿Qué diferencia pues puede hallarse en que una duda interrumpa la buena fe del poseedor acerca de sus derechos, y otra duda acaso mayor no produzca el mismo efecto en los obispos, que habiendo renunciado ó consentido en su traslacion, quedan expuestos á que al tiempo que provean los beneficios se hallen sin derecho, sin posesion y sin buena fe?

75 Consideradas las autoridades y reflexiones que por una y otra parte quedan expuestas, ponen la materia en gran conflicto; y su resolucion pedia mayor exámen en la cámara, pues yo

no tengo noticia de que se haya ofrecido alguno de los casos referidos en las renuncias ó traslaciones.

76 Pasando ahora á otra restriccion del derecho de los ordinarios en sus meses, se da por sentado que habiendo vacado en mes ordinario un beneficio, que gozaba el cardenal Caraciolo en la parroquia de santa María de la villa de Priego en el territorio de la abadía de Alcalá la Real, lo proveyó el abad, y habiéndose formado con esta noticia expediente en la cámara, se declaró corresponder la provision á S. M.

77 Fundábase este derecho manifiestamente en la regla primera de la cancelaría, y en la ampliacion ó explicacion que la dió la regla sexta, en las cuales se comprenden, y se declaran pertenecientes á la provision de su santidad todos los beneficios que vacaren en la curia, ó ya se diga *apud Sedem apostolicam*.

78 Del orígen de estas reservas, sus causas y fines trata largamente Riganti en sus respectivos comentarios, en donde refiere otros muchos autores, recurriendo al primitivo orígen del *cap.* 2. *de Præbend.*, *in Sext.* á la *extravag. Ad regimen* del papa Benedicto XII entre las comunes, *tit. de Præbend.* Y habiendo continuado su santidad en la provision ó colocacion de los beneficios que vacaban en la curia Romana, con las explicaciones y ampliaciones contenidas en la citada regla primera y sexta, pasó el mismo derecho y facultad á la corona de España por efecto de la subrogacion y cesion que contiene el capítulo quinto del concordato.

79 En el mismo capítulo se incluye otra reserva, que minora y restringe el derecho de los ordinarios en las primeras ó mayores dignidades despues de la pontifical; pues aunque éstas vaquen en meses ordinarios, corresponde al rey su presentacion por el mismo efecto de la subrogacion en el derecho de la santa sede, que proveia las enunciadas dignidades primeras ó mayores *post Pontificalem*, en cualquiera mes y de cualquiera modo que vacaren, como se explica literalmente en el citado capítulo quinto del concordato, y se auxilia y funda en la regla cuarta de la cancelaría, de la cual trató largamente el mismo Rigante, haciendo las explicaciones convenientes para su inteligencia, como tambien de los casos y circunstancias que se debian considerar para dar entrada á la enunciada regla cuarta.

80 Aunque los títulos particulares, que se han referido, forman un considerable derecho en la corona para presentar los beneficios, dignidades y prebendas que vacaren en los tiempos, casos y circunstancias indicadas; el mayor de todos, y el que mas llena la autoridad de S. M., es el comun de los que vacan en los ocho meses, en que los proveia su santidad por efecto de la reserva que contiene la regla nona de la cancelaría, de la cual, y de su orígen, casos y fines que contiene, se tratará con separacion en el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO IV.

*De la fuerza que hacen los jueces eclesiásticos proveyendo las dignidades, personados, canongías y beneficios, que vacaren en los ocho meses apostólicos, ó impidiendo de cualquiera modo las presentaciones de S. M.*

1 La conclusion de este capítulo estaba bien probada en la regla nona de la cancelaría, y en la letra del concordato del año 53. La enunciada regla dice en lo dispositivo lo siguiente: *Item cupiens SS. D. N. P. P. pauperibus clericis, et aliis benemeritis personis providere, omnia beneficia ecclesiastica, cum cura, et sine cura, secularia, et quorumvis ordinum regularia, qualitercumque qualificata, et ubicumque, existentia in singulis Januarii, Aprilis, Maii, Julii, Augusti, Februarii, Octobris, et Novembris mensibus, usque ad suæ voluntatis beneplacitum, extra Romanam curiam, alias quam per resignationem, quocumque modo vacatura, ad collationem, provisionem, præsentationem, electionem, et quamvis aliam dispositionem quorumcumque collatorum, et collatricum secularium, et quorumvis ordinum regularium, quomodolibet pertinentia, dispositioni suæ generaliter reservavit.*

2 Esta constitucion presenta en to-

das sus partes un concepto poco favorable y ventajoso á las iglesias de España y al estado temporal de ellas; pues suponiendo que no podian ser agraciados y favorecidos con las prebendas y beneficios de las iglesias de estos reinos otros clérigos que sus naturales, por la rigurosa exclusion que hacen de los extrangeros nuestras leyes, señaladamente la 14. *y siguientes, tit.* 3. *lib* 1. *de la Recop.*; y siendo muy dificil que los sumos pontífices conociesen á tan larga distancia los sugetos beneméritos, ni se pudiesen informar con seguridad de las calidades de literatura, virtud, nacimiento y pobreza que recomendasen su mérito, quedaba muy aventurada á no corresponder á los deseos de su santidad la provision de los beneficios que se hiciese y expidiese en Roma; y cuando en esta corte y su curia se distinguiesen algunos en servicio de la santa sede, que serian rarísimos, podria premiarlos su santidad en los casos ocurrentes, ya fuese recomendándolos á los obispos, ó ya reservando particularmente para sí mismo la provision de alguna dignidad, canonicato ó beneficio, con justa proporcion al mérito que intentaba premiar. Por consiguiente no era necesario formar un establecimiento ó regla general, que tanto disminuia la autoridad y facultades de los obispos, y que traspasaba con tanto exceso la utilidad que se proponia. Estos dos respectos tan poco favorables á las iglesias de España y á sus obispos, en que entraba la correccion y enmienda del derecho comun, que los autoriza para provéer de beneficios á los que por necesidad y utilidad se ascriben al servicio de la Iglesia, y para aumentar premios á los que mas se distinguen en virtud, aplicacion y celo, ponen la enunciada constitucion de cancelaría en el mas notorio concepto de odiosa, y como tal fué siempre considerada y reclamada.

3 Si los señores reyes de España hubieran recibido el derecho y facultad de presentar á los beneficios que vacan en los ocho meses apostólicos por el solo título y efecto del concordato, como trasladado, cedido y subrogado en el mismo que tenia la santa sede, podria considerarse en la misma clase y calidad de privilegio exorbitante del derecho comun, y en derogacion del que por el mismo competia á los obispos antes de la enunciada constitucion ó regla nona, atribuida al papa Nicolao V en el año de 1447: y se entenderian las dudas que ocurriesen acerca de la presentacion de S. M., como de estrecha naturaleza á favor de los obispos que estan asistidos del derecho comun.

4 Pero lo cierto es que el derecho y presentacion, que hace S. M., no procede como de causa principal y próxima de la cesion ó subrogacion del que tenia la santa sede por virtud de la enunciada reserva general, sino que este nuevo título unido al del patronato efectivo, inherente esencialmente á la corona, conduce á remover los impedimentos que se habian puesto á su uso y ejercicio; y así mantiene este derecho toda la naturaleza y calidad de favorable á las iglesias y á los obispos, siendo ademas conforme al derecho comun de los concilios y cánones; y por estos respectos deben entenderse y declararse las dudas que ocurran á favor de la corona y de su real patronazgo.

5 Aunque segun los principios de derecho no se pueda adquirir el dominio de las cosas por dos títulos ó causas, sin embargo interesa mucho al poseedor poderse valer de dos ó mas títulos para mantener y defender mas seguramente su derecho, como lo insinuó el señor Olea *tit.* 6. *quæst.* 7. *nn.* 8. 9. *et* 20. ibi: *Licet unius rei dominium non possit ex pluribus causis seu titulis acquiri, tamen expedit plures simul cumulare ad conservationem juris quæsiti, ut si aliqua ex causa infringatur primus, possit quis se defendere ex secundo*; y siempre se entiende y presume que le viene la posesion y derecho por el título mas favorable y poderoso: Valenzuela *lib.* 1. *consilio* 63. *n.* 70. *et lib.* 2. *consilio* 121. *n.* 23.: Fontanela *decision* 87. *nn.* 14. *y* 15., con otros que refieren.

6 En las transacciones se produce un nuevo título sin extinguir el primero, antes bien se fortifican con su respectiva union, porque los contratos y

demas hechos de los hombres se dirigen á mejorar su causa, y no á perjudicarla. Sobre estos principios que dicta la razon natural, se establece la regla de que las primeras obligaciones ó títulos no vienen á los contratos para extinguirse con otros nuevos, á menos que abiertamente se declare ser esta la intencion, ó que resulte indubitablemente de otros hechos incompatibles que resistan la union de las dos acciones y causas.

7 Estas son las doctrinas que siguen todos los autores, por ser conformes á la *ley* 15. *tit.* 14. *Part.* 5., á la *ley final Cod. de Novationib.*, y á otras muchas que refiere Valeron *de Transact. tit.* 5. *quæst.* 4. *n.* 8. *et sequent.*, y el señor Olea *de Cessione jurium*, *tit.* 6. *quæst.* 7. *n.* 8., con otros que allí mismo refiere.

8 La cosa juzgada produce nueva accion y demanda, y mejora la primera con que se empezó el pleito, pero no la extingue; y en esta union puede usar la parte de la mas útil y conveniente. La *ley* 19. *tit.* 22. *Part.* 3. dice «que del juicio, que se diese, nasce de»manda á aquel por quien lo diéron,» y que puede pedir la cosa hasta treinta años á aquellos contra quienes fuese dado el juicio, y á sus herederos, y á cualquiera otro en donde la hallasen, si el que la tenia no pudiese probar mejor derecho: *ley* 6. §. 3. *ff. de Re judicata*, ibi: *Judicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet. Item hæredi, et in hæredem competit*: *leg.* 8. *Codic. de Rebus creditis*: Salgado *Labyrint. part.* 3. *cap.* 1. §. *único n.* 16. *et sequent.*: Carleval *de Judicis tit.* 2. *disput.* 1. *n.* 1. *et* 2.

9 La materia del concordato fué el patronato universal, que pretendia el rey católico Don Fernando VI con el mismo vigor y fundamento, con que lo habian solicitado siempre sus gloriosos progenitores. En el §. 2. de sus preliminares se indica haber quedado indecisa la antigua controversia del pretendido real patronato universal, y convenidos en el concordato de 18 de Octubre de 1737 el papa Clemente XII y el señor Don Felipe V en que se nombrarian personas, que reconociesen amigablemente las razones de una y otra parte. En el §. 3. se manifiesta la piadosa propension del ánimo de S. M. el señor Don Fernando VI y el deseo de su beatitud á un equitativo y justo temperamento sobre las diferencias. En el §. 6. se recuerdan las graves controversias sobre la nómina de los beneficios residenciales y simples que se hallan en los reinos de España, y sobre la pretension que habian tenido los reyes católicos al derecho de la nómina en virtud de patronato universal, concluyendo con la siguiente cláusula: «Despues de una larga disputa, se ha »abrazado finalmente de comun consen»timiento el temperamento siguiente.»

10 Pues si la intencion de los señores reyes católicos ha sido en todos tiempos, y lo fué igualmente en el del concordato, mantener ileso el patronato universal, que suponia y fundaba pertenecer á la corona, ¿cómo se podrá inferir que se desprendiese por virtud del concordato de esta preciosa y alta regalía, ni que intentase recibir en su lugar otro título, que le autorizase para nombrar y presentar á las prebendas y beneficios que vacasen en las iglesias de España? Por grande que fuese dicho título, no podia exceder para el fin referido al que compete al rey por las recomendables causas que expresan las leyes, y son bien notorias.

11 Resolver ó decidir tan antigua y reñida controversía amigablemente por un temperamento equitativo y justo, es dejar subsistentes los mismos derechos que entraron en la concordia, sin variar lás causas que los producian, ni su naturaleza, reduciéndose toda la intencion y oficios del rey y del papa á ceder ó disminuir alguna parte de la extension que respectivamente solicitaban, y mantener lo restante libre de embarazos y disputas, y autorizado perpetuamente con su inalterable consentimiento.

12 Manifiéstase mas claramente este pensamiento en lo dispositivo del mismo concordato. Su santidad fundaba todos sus derechos á proveer las dignidades, personados, prebendas y beneficios, en las reservas generales y especiales que se han referido. Estos

títulos no se variaron ni alteraron en el concordato; pues en el mismo hizo la reserva de los cincuenta y dos beneficios que se expresan en él, sin que la mayor ó menor parte entre los que proveia antiguamente y los que últimamente reservó, puedan mudar ni alterar la especie de título que siempre es uno mismo, y se reduce á la reserva que antes hacia su santidad, y ahora ejecuta igualmente en uso de su potestad y para los mismos fines explicados.

13 Antes de llegar su santidad á interponer su acuerdo y disposicion, ó á prestar su consentimiento al punto del patronato universal que el rey pretendia, hace tres especiales reservas, que son otras tantas excepciones de lo que debia quedar establecido por regla general acerca del derecho de patronato y presentacion de S. M. La primera excepcion especialísima fué limitada á los cincuenta y dos beneficios que debia proveer la santa sede perpetuamente en cualquiera tiempo y caso que vacaren, segun las ampliaciones y explicaciones que hizo su santidad y contiene el concordato. La segunda excepcion fué relativa á los beneficios que los arzobispos, obispos y coladores inferiores proveian por lo pasado, siempre que vaquen en sus meses ordinarios de Marzo, Junio, Setiembre y Diciembre, siendo tan estrecha esta reserva ó excepcion, como indica la expresion de «que devan continuar,» lo cual dice respecto al mero hecho de posesion en que se hallaban, debiendo concurrir como fundamento necesario de los ordinarios dos precisas calidades: una que el beneficio vaque en alguno de los cuatro meses referidos: otra que anteriormente hubiesen proveido el mismo beneficio, y no lo hubiese hecho otro alguno; pues no fué la intencion del concordato hacer novedad con los arzobispos, obispos y coladores inferiores en darles ni quitarles cosa alguna, sino mantenerlos en la misma posesion que hubiesen tenido por lo pasado, que es lo que explica la cláusula de «que devan »continuar.» La tercera limitacion comprende los beneficios de patronato eclesiástico, disponiendo que los patronos eclesiásticos prosigan en presentar en la misma forma los de esta especie que vacaren en los mismos cuatro meses.

14 Precedidas las enunciadas reservas, excepciones y declaraciones particulares, y repitiendo que deben quedar siempre salvas, continúa el capítulo quinto con lo establecido y concordado acerca de las dignidades, prebendas y beneficios que debian quedar perpetuamente á la presentacion de S. M. por virtud y en uso de su patronato real; y en este punto se explica su santidad con expresiones generales, amplísimas y universales, que significan un reconocimiento virtual del mismo patronato universal y de sus efectos, en todo cuanto no se hallase específicamente declarado ó contenido en las tres enunciadas reservas ó excepciones particulares, ó en las del patronato laical y prebendas de oficio, de que trata el capítulo segundo.

15 Las expresiones de que usa su santidad cuando llega á tratar del patronato universal, y de lo que por su virtud debe quedar á la nómina ó presentacion real, ofrecen la mayor prueba de que en esta clase se formó la regla general, en que se incluye todo lo que no se halla expresamente reservado ó exceptuado. Su santidad dice que «para concluir amigablemente todo lo »restante de la gran controversia sobre »el Patronato universal, acuerda á la »Magestad del Rey Católico, y á los »Reyes sus Sucesores perpetuamente, »el Derecho universal de nombrar y »presentar indistintamente en todas las »Iglesias Metropolitanas, Catedrales, »Colegiatas y Diócesis de los Reynos »de las Españas, que actualmente po»see, á las Dignidades mayores *post* »*Pontificalem*, y otras en Catedrales »y Dignidades principales, y otras en »Colegiatas, Canonicatos, Porciones, »Prebendas, Abadías, Prioratos, Enco»miendas, Parroquias, Personatos, Pa»trimoniales, Oficios y Beneficios Ecle»siásticos Seculares y Regulares, *cum* »*cura, et sine cura*, de qualquier na»turaleza que sean, que al presente »existen, y que en adelante se funda-

»ren, si los Fundadores no se reserva»sen en sí, y en sus Sucesores el dere»cho de presentar, en los Dominios y »Reynos de las Españas, que actual»mente posee el Rey Católico, con toda »la generalidad, con que se hallan »comprendidos en los meses Apostóli»cos, y casos de las reservas generales, »y especiales. Y del mismo modo tam»bien en el caso de vacar los Benefi»cios en los meses ordinarios, quando »vacan las Sillas Arzobispales, y Obis»pales, ó por qualquiera otro título.»

16 La palabra ó voz acordar, con que se explica su santidad en este artículo, indica en su propia significacion la conformidad, consentimiento y concordia con otros, que son partes principales en el negocio de que se trata, como se manifiesta del Diccionario de la lengua española en las palabras, «acordamiento, acordar;» y no podria estar de acuerdo y conformidad con S. M., sino le conservase el patronato universal, nómina y presentacion á todas las dignidades, prebendas y beneficios que vacaren de cualquiera modo y en cualquiera tiempo en todas las iglesias de España, exceptuando solamente los comprendidos en las anteriores excepciones y reservas.

17 Pruébase por otro medio mas poderoso la verdad de este pensamiento; pues si el rey católico y sus predecesores tuvieron en todos tiempos por seguro, justo y bien probado su patrimonio universal, ¿quién podrá imaginar sin temeridad que en aquel momento se desprendiesen y renunciasen un derecho de tan alta regalía, que fué y habia sido siempre el objeto de todos los desvelos, fatigas y gastos de los señores reyes de España y de sus ministros? Y siendo esto así ciertísimo, es consiguiente necesario que su santidad, si entendia proceder de acuerdo con S. M., como así lo deseaba, uniese su consentimiento y deliberacion con la del rey católico, manteniéndole su real patronato universal con la generalidad y efectos que abraza este artículo.

18 Lo único que logró S. M. en este acuerdo fué remover los embarazos que impedian su libre ejercicio, y conciliar la paz tan deseada con la santa sede, cediendo en recompensa de tan importantes fines una gran parte de sus antiguas y bien fundadas pretensiones á lo universal de su patronato, extendiendo su condescendencia aun á lo que estaba fuera de toda duda; pues la reserva de los cincuenta y dos beneficios fué perpétua, en lugar de la que antes era temporal y pendiente de la voluntad del sumo pontífice, y que espiraba con su muerte, conforme á lo dispuesto en el *cap.* 5. *de Rescript. in Sexto.* Comprendió tambien esta última reserva entre los cincuenta y dos beneficios los que correspondiesen á la presentacion de S. M. por su real patronato ó por las vacantes de resulta; y reunidas todas estas circunstancias y consideraciones, manifiestan claramente el concepto de patrono universal, que se acordó, reconoció y mantuvo en S. M., con respecto á los beneficios que no estuviesen expresamente contenidos en las reservas y excepciones particulares que precedian y se han referido.

19 Continúa sin intermision su santidad manifestando su plenísima voluntad y deseo de que el rey católico fuese y quedase absuelto en el derecho universal de nombrar y presentar á los beneficios, que vacasen en las iglesias de España, no siendo de los exceptuados en las particulares disposiciones que precedian, y con este objeto se explicó su santidad en los términos siguientes: «Y á mayor abun»damiento en el derecho, que tenia la »Santa Sede por razon de las reservas, »de conferir en los Reynos de las Es»pañas los Beneficios, ó por sí, ó por »medio de la Dataría, Chancillería Apos»tólica, Nuncios de España, é Indul»tarios, subroga á la Magestad del Rey »Católico, y Reyes sus Sucesores, dán»doles el derecho universal de presen»tar á dichos Beneficios en los Reynos »de las Españas, que actualmente po»see, con facultad de usarle en el mis»mo modo que usa y exerce lo restan»te del Patronato perteneciente á su »Real Corona.»

20 La cláusula, «á mayor abunda»miento,» supone que el negocio á

que se aplica venia ya perfecto en todo lo esencial y necesario á su valor y legitimidad, y que lo que se añade tiene respecto solamente á robustecer con mayor seguridad el mismo título precedente, y remover cualquiera oscuridad, duda ó controversia que pudiera excitarse aun con apariencias de razon.

21 Puede tambien producir algun efecto la enunciada cláusula, «á mayor abundamiento,» no en lo principal del tratado ó negocio, sino en la extension de algun caso particular, á que no alcanzase el título primordial antecedente. El Diccionario de la lengua española en la palabra «abundamiento» dice: «Hoy tiene uso en la locucion forense, á mayor abundamiento, que vale lo mismo, que para mayor seguridad ó prueba, *Plenius.*» Del mismo modo la entiende el señor Salgado *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 2. *sec.* 4. *n.* 166. *y siguientes*, con otros muchos autores que refiere.

22 La subrogacion y cesion que hace su santidad á favor del rey católico, es un efecto y consecuencia de la cláusula, «á mayor abundamiento,» con que empieza el capítulo; y sin disminuir el patronato universal, antes bien fortificándolo mas, fué utilísima aquella subrogacion y cesion, pues no solo removia toda duda en el uso del real patronato por las causas primitivas de dotacion, fundacion y conquista en que siempre lo fundaron los señores reyes católicos, siguiendo lo dispuesto en la *ley* 18. *tit.* 5. *Part.* 1., sino que quiso su santidad que se extendiese en lo venidero á la presentacion de otros beneficios, á que no podria alcanzar aquel título, estando al rigor de su primitiva naturaleza y de sus causas.

23 Los ejemplos harán mas demostrable esta verdad. Los arzobispos, obispos y coladores inferiores fueron mantenidos por efecto del concordato en la posesion y derecho de presentar los beneficios que proveian por lo pasado, siempre que vaquen en sus meses ordinarios de Marzo, Junio, Setiembre y Diciembre; y esto es lo quc significan las palabras, «devan continuar.» Por esta disposicion, entendida con la generalidad de su letra, no podian los arzobispos, obispos y coladores inferiores proveer los beneficios que vacasen en los referidos cuatro meses, si la silla episcopal se hallaba al mismo tiempo vacante: porque en este caso no habian tenido posesion de proveerlos, puesto que lo hacia la santa sede. Lo mismo se ha dicho en cuanto á los beneficios que, aunque vacasen en mes ordinario viviendo el obispo, quedasen sin proveer á su fallecimiento. La santa sede no podia ya proveer, por haber espirado todas sus reservas con la voluntad del papa, quien se acomodó, y quiso limitarla á los cincuenta y dos beneficios.

24 Todo esto pedia mayor declaracion para remover cualquiera duda y embarazo, que se intentase poner al derecho y presentacion de S. M., y ninguna pudo hallarse mas expresiva y oportuna que la subrogacion y cesion que contiene el citado capítulo, siendo muy estimable este nuevo título, que unido al primitivo del patronato universal dejaba mas segura y expedita la facultad de usar en la presentacion de los dos juntos ó del mas útil y acomodado á las intenciones de S. M.; de manera que vino su santidad en conceder á los señores reyes católicos el patronato de aquellos beneficios, á que no alcanzase el primitivo universal, ó en que pudiera tener alguna duda su ejercicio.

25 En los beneficios que se fundaron y dotaron conocidamente con rentas y bienes de la Iglesia, no se verificaban las causas generales de fundacion, dotacion y conquista, que favorecerian el patronazgo real, y entrarian los patronos eclesiásticos á presentar, ó lo intentarian á lo menos, en cualquiera mes y de cualquiera modo que vacasen; pero su santidad restringió la facultad de dichos patronos eclesiásticos á los que vacasen en los cuatro meses ordinarios, se desprendió al mismo tiempo de su provision, y era preciso, para que los presentase S. M., que entrase por otro título, que por lo menos seria muy conveniente para ocurrir á toda controversia, como lo

fué el que se contiene en la subrogacion y cesion indicada.

26 Las mismas dudas y aun mayores se excitarian en la real presentacion de las prebendas y beneficios que presentaban antes del concordato otras muchas personas por indulto y gracia apostólica, ó por otros títulos que dimanasen de la santa sede; y á fin de removerlas y dejar expedita la presentacion de S. M. en cualquiera tiempo y de cualquiera modo que vacasen dichos beneficios, fué necesaria y utilísima la enunciada subrogacion y cesion, cuyos efectos en una y otra parte se reunirán y demostrarán cuando trate separadamente de este artículo.

27 Lo mismo se hará ver en la presentacion de los beneficios que se erigen de nuevo con las rentas de algunos que se desmembran, ó con la reunion de otros; cuyo punto pide tambien particular exámen acerca de los fundamentos en que afianza la cámara la práctica inconcusa de estimar y decidir á favor de S. M. la presentacion de los enunciados beneficios.

28 Al mismo intento de que el derecho de S. M. fuese plenamente universal en la presentacion de todos los beneficios que vacasen en las iglesias de España, no siendo de los comprendidos en las especiales y estrechísimas excepciones advertidas, se dispuso y previno en el capítulo primero del concordato, despues de restringir la provision de los arzobispos, obispos y coladores inferiores con las dos precisas calidades indicadas, y la de los patronos eclesiásticos, que se excluyesen las alternativas de meses en las colaciones que antecedentemente se daban, y que no se concediesen jamas en adelante.

29 El principal artículo de que se ha tratado en este capítulo, queda plenamente afianzado con los dos enunciados títulos del patronato universal y del derecho y facultades de la santa sede, en que á mayor abundamiento fué subrogado S. M., y de estas dos causas vienen las grandes y nunca bien ponderadas ventajas que lograron las iglesias de España y sus obispos.

30 Estos prelados forman el primer órden de la gerarquía eclesiástica, son legítimos sucesores de los apóstoles, y han recibido por institucion divina las tremendas obligaciones que se encierran en estas palabras: *Pasce agnos meos*: *pasce oves meas*; y de su instruccion y cuidado darán la mas estrecha cuenta á Dios, que las redimió con su preciosa sangre. Estas son las explicaciones que hizo san Pablo en el *cap.* 20. *de los Hechos Apostólicos vers.* 28.: el santo Concilio de Trento, *ses.* 6. *de Reformat. cap.* 1., en la 23. *de Sacramento Ordinis*, *cap.* 4. y en el *cánon* 6. *de la misma sesion.*

31 Para llenar cumplidamente tan delicadas y vastas obligaciones, no pueden alcanzar los desvelos solos del obispo, y es necesario valerse de otros ministros que le ayuden y releven en parte de tan penoso cargo; y estos ministros deben ser absolutamente de la confianza del mismo prelado por su literatura, integridad y virtud, y por las demas prendas que los hagan recomendables y dignos de tan alta confianza. Todas estas partes quedan preservadas al arbitrio justificado de los obispos en la presentacion que hace S. M. de personas dignas para el servicio de las iglesias.

32 Los beneficios curados exigen mayor consideracion en las personas que los han de servir, y ningunas logran mayor calificacion de los mismos obispos, pudiendo decirse con verdad que son libres en su eleccion, aunque S. M. haga la presentacion de ellos, supuesto que precede concurso, examinándose en él rigurosamente las calidades de los opositores por los jueces sinodales que nombra y aprueba el mismo prelado, pudiendo asistir á estos ejercicios por sí ó por la persona de su confianza que nombrare, y quedar plenamente instruido por las censuras de los grados de ciencia y otras partes conducentes al desempeño de las obligaciones respectivas, estándolo anteriormente el obispo de la integridad de costumbres, caridad y celo de los mismos opositores. Y aunque este solo acto bastaria para calificar las personas en quienes se deben pre-

sentar dichos beneficios, aun observa mas religiosamente S. M. el dictámen y significacion de los mismos obispos, sin haberse verificado ni una solá vez que se haya desviado en la presentacion del que viene propuesto en primer lugar por el prelado.

33 En comprobacion del piadoso deseo de S. M. de que las iglesias esten servidas á satisfaccion de los respectivos prelados, conviene advertir que el cap. 3. del concordato dispone: «Que »no solo las Parroquias, y Beneficios »Curados se confieran en lo futuro, »como se han conferido en lo pasado »por oposicion, y concurso, quando »vaquen en los meses ordinarios, sino »tambien quando vaquen en los meses »y casos de las reservas, aunque la »presentacion fuese de pertenencia real, »deviéndose en todos estos casos pre»sentar al Ordinario el que el Patrono »tuviere por mas digno entre los tres, »que uvieren aprobado los Examina»dores Sinodales *ad Curam anima»rum.*»

34 La aprobacion de los examinadores sinodales es el término que califica la idoneidad de los tres propuestos, y entre ellos entra la eleccion del patrono, autorizada en el mismo concordato.

35 En la constitucion apostólica que expidió la santidad de Benedicto XIV, en corroboracion de lo establecido en el último concordato, ratificando particularmente lo dispuesto en el citado cap. 3., añade las palabras siguientes: «Y que el mismo Ordina»rio les significare respectivamente ser »idóneos para el cuidado de las almas.» Esta significacion deja al patrono libertad para elegir entre los tres, aunque S. M. jamas ha usado de ella, sino que siempre ha presentado al que viene significado por el obispo en primer lugar; concluyéndose del uso y ejercicio de esta regalía que los presentados para los beneficios que tienen aneja la cura de almas, son enteramente de la satisfaccion de los obispos, quienes vienen á lograr toda su libertad en el destino y encargo del pasto espiritual.

36 No habiendo sido uniformes las propuestas, que remitian los obispos á la cámara, de los tres sugetos aprobados en el concurso *ad curam animarum*, y viniendo unas acompañadas de las mismas censuras y otras sin ellas, y tan diminutas en sus explicaciones que no podia conocerse el mérito de los propuestos, ni el tiempo que habian servido á la Iglesia en sus respectivos destinos, y habiendo llegado tambien á la cámara diferentes recursos y quejas, motivándolas en la mala relacion de los examinadores y en otras causas, especialmente estando vacantes las mitras, acordó la cámara, para remover tales inconvenientes que detenian la presentacion de S. M., las providencias mas oportunas, y las comunicó á los muy reverendos arzobispos y obispos en real cédula de 30 de Mayo de 1759, y en la circular de 16 de Abril de 1768. Por la primera, supuesto lo establecido en este capítulo, en el concordato y constitucion apostólica, se refiere y dispone lo siguiente: «Y como sin embargo de lo refe»rido me hayan propuesto varias du»das diferentes Prelados, y Cabildos »sobre el modo de proveer los Benefi»cios Curados en las vacantes que ocur»ren, así en los meses Apostólicos y »casos de las reservas, como en los me»ses ordinarios, y tambien sobre quien »deba hacer las colaciones de los Be»neficios de mi real presentacion; visto »todo en mi Consejo de la Cámara, con »lo expuesto sobre todo en esta razon »por mi fiscal, he venido en declarar »por punto general, en conformidad »de dicho Concordato, y Constitucion »Apostólica, y no obstante qualesquie»ra órdenes, y práctica que hasta aho»ra haya habido en contrario, que to»dos los Curatos de provision Eclesiás»tica, aunque sean de Patronato Ecle»siástico de qualquiera Cabildo, Comu»nidad, ó particular que sea, se deben »sacar á concurso, en conformidad de »lo prevenido por el Santo Concilio de »Trento, y Constitucion Apostólica, »confirmatoria del último Concordato, »celebrado entre la Santa Sede y esta »Corona: que si se causase la vacante »de los Curatos en los meses y casos de »las reservas, los Arzobispos, Obispos,

»ú Ordinarios Eclesiásticos, á quienes »toque, me propongan tres sugetos, los »mas idóneos, atendidas todas las cir»cunstancias, entre los aprobados en el »concurso, remitiendo la terna á mi »Consejo de la Cámara, como está man»dado, y se practica actualmente, para »que yo elija el que tuviere por mas »digno; que si los Curatos vacasen en »los meses ordinarios, los mismos Arzo»bispos, Obispos, ú Ordinarios Ecle»siásticos á quienes toque, precedido el »concurso, propongan igualmente tres »sugetos de los aprobados, y remitan »la terna á los Patronos Eclesiásticos »respectivos, para que de ellos elijan al »que tuvieren por mas digno, sin en»viarles lista de todos los aprobados, »aunque se hubiere hecho antes del »nuevo sistema y método, que para el »mejor acierto de estas importantes »elecciones establecen el referido Con»cordato y Constitucion Apostólica. De »estas reglas, ó providencias, se excep»túan las Vicarías perpétuas unidas »*pleno jure* á Comunidades ó Monaste»rios, que por tales no hayan sido com»prendidas en las reservas, en las cua»les no se ha de hacer novedad, ni tam»poco en los Curatos de Patronato lay»cal, que igualmente se exceptúan: »que las colaciones de los beneficios »de mi Real presentacion, en qualquier »tiempo y forma que vaquen, las ha»gan los Arzobispos, Obispos, y res»pectivos Ordinarios Diocesanos, y »nunca los Coladores inferiores; y los »nombrados por los Patronos Eclesiás»ticos las reciban de los Ordinarios ó »Coladores en la misma forma que se »ejecutaba hasta aquí.»

37 En la circular de 16 de Abril de 1768, se recuerdan las providencias anteriores; y en su vista, y de los recursos que se citan, se mandó expedir órden circular á todos los ordinarios coladores para que, al tiempo de remitir la terna, expresen el dia y mes de la vacante del curato, nombre del último poseedor, su renta, el dia y término por qué se fijaron los edictos para el concurso, el número que hubo de opositores y sus nombres, la censura de los sinodales respecto á los tres que vengan en la terna, y que en cada uno de estos se exprese su nombre, patria, diócesis, edad, estudios y méritos, y si ha servido otros beneficios, con las demas calidades y requisitos que le asistan, para que se comprendan los fundamentos con que viene cada uno en la terna, sin disminuir cosa alguna, á fin de que S. M. pueda conformarse con ella, ó elegir entre los propuestos, en uso de su regalía, al que estime por mas benemérito.

38 Todas las enunciadas providencias se han dirigido por S. M. á la mayor seguridad de las elecciones, confiando principalmente su acierto en el dictámen justificado de los obispos, el cual ha seguido constantemente; pues cuando vienen muchos curatos en una propuesta, aunque en diferentes ternas, la resolucion, que pone S. M. al margen de la consulta de la cámara, es la siguiente: «Para estos tantos Cura»tos nombro á los propuestos en los »primeros lugares.»

39 Las dignidades y canongías de las catedrales, aunque no se proveen por concurso, se presentan por S. M. en personas calificadas por los mismos obispos, y de toda su satisfaccion en literatura y buenas costumbres, y vienen á lograr lo mismo que se ha dicho de los beneficios curados.

40 El señor Don Felipe II en la instruccion que dió á la cámara para el gobierno de los negocios del patronato real, en 6 de Enero de 1588, de la cual se formó el *auto* 4. *tit.* 6. *lib.* 1. (Ley 1. tit. 4. lib. 4. de la Nov. Recop.) previene y dispone al num. 10. lo siguiente: «Hanse de despachar asimis»mo cartas mias, señaladas de vos el »Presidente, y los de la Cámara, para »todos los Prelados del Reyno, pidién»doles con gran secreto relacion de per»sonas las mas beneméritas y á propó»sito, que se les ofrecieren, así para »las Prelacías, como para las otras Dig»nidades, y Prebendas de mi Patronaz»go, encargándoles mucho la concien»cia y secreto, y asegurándoles que »tambien se guardará, y advirtiéndoles »que declaren en particular la limpie»za, edad, virtud, caridad, buen exem»plo, entendimiento, letras y grado »que tuvieren, y donde uvieren estu-

»diado, y como han procedido, y go»vernado lo que han tenido á su cargo; »y estas cartas converná que se escri»van cada año, pues los hombres sue»len faltar de una hora á otra, y tam»bien por la mudanza que puede aver »en ellos; encargando tambien á los »Prelados que tengan cuidado de avi»sar de oficio de qualquier novedad, »que hallaren en las personas, que »uvieren aprobado, y que á los provei»dos les obliguen á la residencia de »sus Prebendas.»

41 La cámara ha observado constantemente lo dispuesto en el citado capítulo 10., siguiendo en sus consultas lo que informan los obispos, poniéndolo en resúmen al margen de las relaciones de los pretendientes, las cuales se pasan con las mismas consultas á las reales manos de S. M.

42 Por real decreto de 24 de Setiembre de 1784, se dignó S. M. establecer el método y distribucion por turno de las dignidades y canongías de las catedrales, raciones y medias-raciones, y otras prebendas de las iglesias colegiales. Y siguiendo el método de los informes prevenidos en la citada instruccion del señor Don Felipe II, se pidieron los correspondientes por punto general en cédulas expedidas en 10 de Noviembre del mismo año de 1784, y se recordaron por cartas acordadas en 25 de Febrero de 1786, dirigidas á los obispos, ordinarios, cancelarios y rectores de las universidades, que segun van llegando se ponen y extienden en los libros reservados de la cámara, y las secretarías hacen presente lo que resulta, al tiempo que se trata de consultar alguna de las prebendas eclesiásticas que pretenden.

43 Parece que no puede desearse mayor confianza de los obispos y ordinarios eclesiásticos, ni otro medio mas exacto para asegurar la delicada conciencia de S. M., en la presentacion de las personas que han de servir á la iglesia bajo la autoridad de los prelados, demostrándose por todos estos antecedentes que los reyes católicos han solicitado con diligencia y constancia el uso de su real patronato, no tanto por ser una regalía muy apreciable, sino principalmente por el mejor culto de Dios, servicio de las iglesias, autoridad de los prelados, y bien general de sus vasallos en lo espiritual y temporal.

44 Por mas segura precaucion acordó la cámara, y se previno á sus secretarios, que no se admitan memoriales de pretendientes eclesiásticos, sin presentar al mismo tiempo las testimoniales de sus respectivos prelados, para no dejar libre ni un solo momento en que pueda caber mudanza de los pretendientes ni engaño en sus presentaciones.

45 Pues si los obispos logran por los medios indicados que se destinen al servicio de sus iglesias personas aprobadas por ellos mismos, que es todo lo que pueden apetecer para el cumplimiento de sus obligaciones; y es tambien el fin con que los cánones y los santos concilios pusieron en su mano la eleccion de las personas, que por utilidad y necesidad de las iglesias debian ordenar y ascribir á su servicio, se verifica con evidencia que el uso del patronazgo real es conforme al derecho comun, y á las intenciones de los concilios y de los cánones, y que en este concepto debe considerarse favorable á las mismas iglesias, pues nada corrige de lo que las pueda ser conveniente y ventajoso.

46 En las dignidades, prebendas y beneficios, que se presentan sin preceder concurso, comparece personalmente el agraciado ante el ordinario; y hallándole con la suficiencia, edad y demas calidades que por derecho requiere el beneficio, le hace colacion y canónica institucion de él, y llega con este prévio exámen al término que completa la presentacion; pues no es lícito, ni se permite al ordinario eclesiástico desairar al patrono; y si lo hiciese, procediendo á proveer en otro el beneficio, es nulo y de ningun efecto si el patrono lo contradice. Así se estableció en el cap. 2. del Concilio IX de Toledo año de 655; el cual dispone primeramente que los patronos pongan el mas diligente cuidado en proteger y defender las iglesias que fundaron, y continúa en los términos si-

guientes: *Atque rectores idoneos in eisdem basilicis iidem ipsi offerant episcopis ordinandos*; et ibi: *Quod si spretis eisdem fundatoribus, rectores ibidem præsumpserit episcopus ordinare; et ordinationem suam irritam noverit esse, et ad verecundiam sui, alios in corum loco, quos iidem ipsi fundatores condignos elegerint, ordinari.* De este capítulo se formó el *cánon* 32. *caus.* 16. *q.* 7., y la primera parte de la *ley* 5. *tit.* 15. *Part.* 1. *ibi*: «Vacando »alguna Eglesia, por qualquier razon »que sea, en que oviesen algunos de»rechos de Patronazgo, non deve el »Obispo, nin otro Perlado poner Clé»rigo en ella, á menos de gelo presen»tar los Patrones; é si lo ficieren, non »debe aver la Eglesia aquel Clérigo; »ante el mismo que lo puso, lo deve »toller por su vergüenza, é poner en »ella el que presentaren los Patrones, »seyendo tal que lo merezca.» Continúa esta misma ley indicando los recursos que puede hacer el patrono reclamando el desprecio que se hiciese de su derecho, ya poniendo clérigo sin esperar que él le presente, ó ya despreciando al que hubiese presentado, en lo cual se prueba ser necesaria la reclamacion del patrono para argüir de irrita la provision del obispo, por ser un derecho privado el que infringe, y se entiende que lo remite y renuncia si no lo reclama: Salgado *de Reg. p.* 3. *cap.* 10. *n.* 177.: Van-Spen, refiriendo otras autoridades, *tom.* 2. *part.* 2. *tit.* 21. *cap.* 1. *n.* 9. 10. *y* 11.; *y tit.* 26. *cap.* 1. *n.* 19. *y* 20.: *cap.* 18. *ext. de Jure Patronatus*, ibi: *Personæ idoneæ, quas ad eas vacantes præsentaverint, sunt admittendæ.*

47 El santo Concilio de Trento, siguiendo lo establecido por derecho antiguo y por las leyes en el buen deseo de que los que sirven á la Iglesia sean muy á propósito para desempeñar sus graves obligaciones, al mismo tiempo que quiso mantener á los patronos el derecho de señalar y ofrecer persona grata, que sirviese en las iglesias que habian fundado y dotado, sujetó al juicio del obispo la suficiencia del presentado, en la cual se incluyen todas las partes y calidades, que por fundacion y derecho debe tener el que sirva el beneficio: *ses.* 7. *de Reformat. cap.* 13.: *ses.* 24. *de Reformat. cap.* 18., y en la 25. *cap.* 9.: *cap.* 4. *ext. de Officio Judicis Ordinarii*: *cap.* 18. *y* 29. *ext. de Jure Patronatus.*

48 Por este medio viene á concluirse que las facultades de los patronos dejan salva y libre la autoridad de los obispos en la eleccion y aprobacion de personas dignas, á quienes puedan confiar el servicio de las iglesias, pues no siéndolo las presentadas, les es lícito, y aun de precisa obligacion, no admitirlas y repelerlas, como se declara abiertamente en todas las autoridades citadas.

49 Queda dicho que en la idoneidad, que deben tener los destinados á la Iglesia, se incluye la edad, integridad de costumbres, literatura y otras calidades que exija su ereccion, ademas de las que expresa el *cap.* 7. *ext. de Electione.*

50 La duda podria estar en si el testimonio del obispo, de no ser idóneo el presentado, es suficiente por sí solo para excluirle, y parecia que si segun la disposicion literal del *cánon* 36. *caus.* 11. *q.* 1., ibi: *Testimonium etiam, ab uno licet episcopo perhibitum, omnes judices indubitantes accipiant*; *nec alius audiatur, cum testimonium episcopi à qualibet parte fuerit repromissum. Illud est enim veritatis auctoritate firmatum, illud incorruptum, quod à sacrosancto homine conscientia mentis illibatæ protulerit.* ¿Quién podrá sospechar sin temeridad que falte el obispo á las obligaciones de su conciencia y de su honor, mayormente en una materia en que se interesa el culto de Dios y el bien de las almas, de que ha de responder en una estrechísima cuenta? ¿Y cómo se le podria obligar á que recibiese contra su dictámen las personas, en quienes no hallase las calidades necesarias, que á veces no podria probar por medios judiciales, y las tendria acaso calificadas con experiencias ó informes reservados bien seguros, y le sería durísimo recibir contra el dictámen de su conciencia al que sabia que mas seria lobo que pastor de sus ovejas?

51 Á estas reflexiones, que en el tribunal de la razon tienen poderoso influjo, ocurrieron las decisiones del citado Concilio IX de Toledo, y de la enunciada *ley* 5. *tit.* 15. *Part.* 1. que obligan al obispo á probar las tachas del presentado, ó á admitirle necesariamente en su defecto, *ibi*: «Pero si »el Obispo non quisiere rescebir el Clé»rigo, que presentasen los Patrones »para la Eglesia, mostrando que non »era digno, nin la meresce aver, deve»lo provar; é si lo provare, non deve y »ser rescebido aquel, que los Patrones »presentaron, mas devese presentar »otro que lo merezca; é estonce deve»lo rescebir el Obispo; é si el Obispo »non lo pudiere, é non lo quisiere pro»var, tenudo es de rescebir aquel que »presentaron primeramente:» Van-Spen, *tom.* 2. *part.* 2. *tit.* 26. *cap.* 1. *n.* 20., *ubi alios refert*: Salgado *de Reg. p.* 3. *cap.* 10. *à n.* 24.: Gregorio Lopez *glos.* 3, *in dict. leg.* 5. *tit.* 15. *Part.* 1. De otro modo quedaria en arbitrio del obispo hacer ilusorias las presentaciones de los patronos, y entraria con facilidad el error y la malicia, de que son capaces todos los hombres, especialmente cuando tratan de su interes en ampliar sus facultades, y gratificar con ellas á sus parientes y familiares, de que hay repetidos ejemplares, aun faltando á estos las calidades necesarias que solicitan suplir con dispensaciones apostólicas.

52 San Pablo en su carta á los hebreos *cap.* 5. confirma el pensamiento indicado de que los hombres, por mas alta graduacion que tengan, pueden caer en ignorancia, error y malicia: *Omnis namque Pontifex ex hominibus assumptus, pro hominibus constituitur in iis, quæ sunt ad Deum ut offerat dona et sacrificia pro peccatis, qui condolere possit iis, qui ignorant, et errant, quoniam et ipse circumdatus est infirmitate: et propterea debet quemadmodum pro populo, ita etiam et pro semetipso offerre pro peccatis.*

53 El *cap.* 29. *ext. de Jure Patronatus* ofrece nuevo testimonio del concepto referido; pues en el caso que propone de no haber admitido el obispo al presentado por el patrono lego, y que pendiente la apelacion, que de esta providencia interpuso el provisto, presentó el patrono otro, á quien admitió el obispo, haciéndole colacion de la iglesia: excitada la duda acerca de la preferencia entre el primer presentado y el segundo, que fué puesto en posesion, se decide á favor de este, y continúa con la disposicion siguiente: *Verumtamen constituimus, ut episcopus, qui præsentatum idoneum malitiosè recusavit admittere, ad providendum eidem in competenti beneficio compellatur: quatenus puniatur in eo, in quo ipsum non est dubium deliquisse.* El citado *cap.* 2. del Concilio IX Toledano califica el propio intento, y toma providencia para ocurrir á los daños que recibia la Iglesia en sus bienes por insolencia, ó incuria de los obispos, ibi: *Quia ergo fieri plerumque cognoscitur, ut ecclesiæ parochiales, vel sacra monasteria ita quorumdam episcoporum, vel insolentia, vel incuria, horrendam decidant in ruinam, ut gravior ex hoc oriatur ædificantibus mœror, quam in construendo gaudii extiterat labor; ideo pia compassione decernimus, ut quamdiu earumdem fundatores ecclesiarum in hac vita superstites extiterint, pro eisdem locis curam permittantur habere solicitam, et solicitudinem ferre præcipuam, atque rectores idoneos in eisdem basilicis iidem ipsi offerant episcopis ordinandos.*

54 Aunque estuviera muy distante el obispo de errar por ignorancia ó malicia en no admitir al presentado por el patrono, no podria tomar por sí esta resolucion sin consultarla y acordarla con sus superiores, que lo son para el caso propuesto los cánones, las leyes y los señores reyes de España por los ruegos y encargos, que llevan las reales cédulas de presentacion que se libran por la cámara; y todas estas disposiciones mandan y obligan al obispo á recibir al presentado por el patrono. ¿Cómo pues podria resistir estos mandamientos superiores, aunque en su dictámen hallase causa grave, sin representarla y esperar la resolucion conveniente?

55 El *cap.* 5. *ext. de Rescriptis* confirma la verdad de la proposicion

antecedente en su epígrafe y en la letra de su disposicion, pues en aquel dice: *Is, ad quem rescriptum Papæ dirigitur, debet illi parere, vel causam rationabilem assignare, quare parere non potest*: en la letra dispone lo siguiente: *Qualitatem negotii, pro quo tibi scribitur, diligenter considerans, aut mandatum nostrum reverenter adimpleas, aut per litteras tuas, quare adimplere non possis, rationabilem causam prætendas; quia patienter sustinebimus, si non feceris, quod prava nobis fuerit insinuatione suggestum.* Lo mismo se dispone en el *cap.* 6. *ext. de Præbend.*

56 El ruego de los príncipes en las materias y negocios, que estan en su potestad, llevan toda la fuerza de preceptos, y obligan á su cumplimiento, ó á que se representen y justifiquen las causas que lo impidan. Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 154. 169. *y* 172. ¿Y podrá dudarse de la potestad del rey para defender sus presentaciones, y que tengan cumplido efecto, como lo disponen los cánones y las leyes citadas? ¿Seria tolerable que se faltase al respeto y decoro de la magestad, despreciando sus ruegos, sin poner en su real noticia las causas que tuviere el obispo para no obedecerlos y cumplirlos?

57 Á esta obligacion es consiguiente que el rey tome conocimiento de la prueba, que haya hecho el obispo, del defecto que tenga el nombramiento real, ó el agraciado en su persona; de lo cual se trata en la cámara, como lo he visto muchas veces, procediendo con madura y séria reflexion en los casos y circunstancias, en que representan y justifican los obispos las causas en que se fundan para suspender ó despreciar las presentaciones reales.

58 Si niegan ó dudan del patronato, conoce y decide la cámara este punto, como se ha fundado largamente en el capítulo tercero anterior. Si el defecto se pone en la persona nombrada, y aparece notoriamente que no lo tiene, ó no la obsta, ó que puede suplirse por dispensacion de su santidad solicitada y obtenida con real permiso, se manda librar en el primer caso sobre cédula en ejecucion de la primera, y en el segundo se hace lo propio, precedida la habilitacion competente.

59 Su magestad nombró para una canongía de la santa Iglesia Motropolitana de Valencia á Don Vicente Blasco, freile del órden de Montesa, y presentada la real cédula al provisor, suspendió este su cumplimiento, pretestando su incapacidad por el voto de pobreza, á que le suponia afecto por la profesion en dicha órden. El muy reverendo arzobispo coadyuvó este intento, solicitando sujetar á Blasco á que disputase en su tribunal la incapacidad que se le imputaba, y que corriesen las apelaciones y recursos á los superiores eclesiásticos; pero Blasco no condescendió á las ideas del provisor, y reclamando en la cámara su resistencia á cumplir la enunciada real cédula de presentacion, expusieron posteriormente el muy reverendo arzobispo y su provisor los fundamentos que favorecian su intento; y examinados con séria reflexion los que se motivaron en sus representaciones, los que al mismo tiempo expuso el señor fiscal en demostracion del derecho de S. M., y del conocimiento de la cámara para remover el impedimento que se ponia á la ejecucion de dicha real cédula, se acordó y mandó librar la segunda, que fué obedecida y cumplida, haciendo colacion y canónica institucion á Blasco de la canongía para que fué presentado por S. M.

60 Este ejemplar, y otros iguales que han ocurrido en la cámara, califican su autoridad para hacer respetar y ejecutar los nombramientos y presentaciones de S. M., cuando las causas, que motivan los obispos para suspenderlas, no son suficientes, ó no se prueban; pero si fuesen tan complicadas que exigiesen mayor contestacion y exámen, especialmente en aquellas que tocan á la literatura de los presentados, podrán estos agraviarse de la mala relacion de los examinadores, y de cualquiera otra injusticia que les hagan los ordinarios eclesiásticos, recurriendo por apelacion ó queja á sus respectivos superiores, como lo han hecho algunas veces, siguiendo lo dispuesto en la última parte de la citada *ley* 5. *tit.* 15. *Part.* 1., á que corresponde la doctri-

na del señor Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 10.

61 Los beneficios, que se erigen de nuevo, estan vacantes desde el punto que reciben su constitucion, pues carecen de persona que los sirva, ya tengan aneja la cura de almas, ya sean meramente residenciales ó simples; y entonces entra la cuestion ó duda en la presentacion ó provision que debe hacerse de ellos.

62 En una carta circular de 16 de Febrero de 1781, comunicada á los muy reverendos arzobispos y obispos de estos reinos, se expresa el motivo que dió lugar á ella, reducido á que el de Astorga proveyó tres vicarías perpétuas nuevamente erigidas, y desmembradas en virtud de real permiso del curato de Morales de Valverde, vacante á la provision de S. M. en aquella diócesis. La cámara declaró en este expediente particular, oido el señor fiscal, corresponder á S. M. la presentacion de dichas tres vicarías; y mediante hallarse provistas por el obispo en personas dignas, las autorizó á mayor abundamiento el real título correspondiente, y se mandó «prevenir circularmente á »los Reverendos Obispos, que la provi»sion de nuevas erecciones tocaba á »S. M. sin cosa en contrario, haciendo »anotar esta declaracion en los libros »de su Curia, para que en todos tiem»pos la tengan presente, y la cum»plan.»

63 Ni en la citada circular, ni en la respuesta del señor fiscal que precedió, se exponen los fundamentos y autoridades que persuadan y convenzan la declaracion indicada, sino el mero hecho «de no haber cosa en contrario.» Si la declaracion fuera respectiva á los casos en que las erecciones y desmembraciones se hacen de los frutos y rentas de los beneficios vacantes á la presentacion de S. M., procede que se haga lo mismo en los que se erigen de nuevo por la autoridad del obispo, precedido el real consentimiento, ya se formalice la ereccion en meses ordinarios ó en los meses apostólicos, por ser esta regla observada constantemente por los autores que tratan la materia, señaladamente Riganti con otros que refiere en la *part.* 1. *de la reg.* 9. *de la cancel.* §. 2. *n.* 124. *y siguientes.*

64 En este concepto debe entenderse y puede correr la expresada circular, y el motivo en que se funda de no haber cosa en contrario: porque se ha observado generalmente que las desmembraciones de beneficios y erecciones de otros nuevos con sus rentas, uniones ó incorporaciones, se piden y hacen de los que estan vacantes á la provision de S. M. con previa licencia y consentimiento que presta, siempre que interesa la mejor administracion del pasto espiritual y bien de las iglesias.

65 Los que vacan en los cuatro meses ordinarios inmediatamente los proveen los obispos ó coladores inferiores, y rarísima vez solicitan desmembrarlos, unirlos, ni incorporarlos; pero si lo hiciesen, tendria por muy justo que así como podian proveer los beneficios íntegros, lo hiciesen igualmente de los que erigiesen de nuevo con la desmembracion de sus rentas. Y sería conveniente comunicarles esta explicacion ó declaracion de la circular, para que no dudando de su potestad en proveer los beneficios nuevamente erigidos, se excitasen á desmembrar los principales que tocasen á su provision, cuando lo exigiese la necesidad y utilidad de la Iglesia, precediendo igualmente en estos casos el real consentimiento de S. M.

## CAPÍTULO V.

### *Del derecho de presentar los beneficios patrimoniales del arzobispado de Burgos, y obispados de Calahorra y Palencia, correspondiente á S. M. por resulta, y en virtud del concordato ajustado con la santa Sede el año de 1753.*

1 Dos son los títulos que justifican en sus respectivos casos y tiempo la regalía de S. M. en la presentacion de los enunciados beneficios patrimoniales; es á saber, el derecho de resulta y el del concordato. De ellos trataré con separacion, como se ha hecho repetidas veces en la cámara, aunque los acuerdos y resoluciones de ella han sido siempre poco favorables al derecho de S. M.

2 En las remisiones al *tit.* 6. *lib.* 1. *de la Recop. num.* 13. se hace supuesto de pertenecer al rey por costumbre inmemorial la presentacion de las dignidades, canongías, curatos ú otros beneficios que posean los nombrados por S. M. para obispados y prebendas del real patronato. Esta es la regla constante y notoria, á la cual se ponen en el mismo *n.* 13. tres limitaciones en la siguiente cláusula: «Pero esto no se en»tiende en Prebendas de concurso, ni »en Beneficios del Patronazgo de legos, »ni en Beneficios Patrimoniales.»

3 En las remisiones al mismo *tit.* 6. *lib.* 1. *de los autos acordados n.* 2. se ratifica la citada limitacion en los beneficios patrimoniales, fundándola en el breve expedido *motu proprio* por la santidad de Clemente VIII, en 28 de Abril de 1596: en la *ley* 21. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 21. lib. 1. de la Nov. Recop.) y en la consulta de la cámara de 11 de Setiembre de 1726 y resolucion de S. M.

4 He leido la consulta de la cámara citada en esta remision, á que dió motivo Don José Gonzalez de Jate, presentado por S. M. para la abadía de la iglesia colegial de la ciudad de Alfaro, que es del real patronato, en el obispado de Tarazona. Obtenia dicho Gonzalez un beneficio patrimonial en la parroquial de san Estevan de la villa de Murillo de Rioleza, en el obispado de Calahorra. La secretaría del real patronato dudó entregarle la cédula de presentacion de dicha abadía, á menos que renunciase el beneficio patrimonial, para que S. M. lo presentase por el derecho de resulta, en conformidad de los *autos acordados* 12. 13. *y* 18. *tit.* 6. *lib.* 1. (Nota 11. tit. 18. lib. 1. de la Nov. Recop.)

5 El interesado Gonzalez representó que el beneficio no era incompatible, y que de consiguiente no debia vacar por la aceptacion de la abadía: que su presentacion en caso de vacante no tocaba á S. M. por resulta ni por otro título: que en esta inteligencia no se le podia retener la presentacion de la abadía, ni obligarle á renunciar el beneficio, antes bien podia y debia retenerlo, como lo habian hecho otros en iguales casos.

6 La cámara, para instruir este expediente, mandó informasen la secretaría del patronato y el obispo de Calahorra, expresando las provisiones que se habian hecho de beneficios patrimoniales en la forma ordinaria, y las que hubiese ejecutado el rey por el derecho de resulta. En vista de estos informes, y de todo lo demas que resultaba del expediente, fué de parecer el señor fiscal del Consejo que no podia S. M. presentar estos beneficios por el derecho de resulta, y que debia hacerse en la forma ordinaria. La cámara, conformándose en todo con el dictámen del señor fiscal, añadió en la citada consulta de 11 de Setiembre que no debia en adelante detenerse la expedicion de despachos á los provistos por el rey en dignidades ó prelacías, porque no hiciesen renuncia de los tales beneficios, no pudiendo ser contenidos en el real derecho de resulta los de estos tres obispados, cuya regla deberia observarse siempre en la secretaría, y dar por entonces el despacho de la abadía de Alfaro al referido Don José Gonzalez de Jate, que es lo que correspondia al estado de su pretension; pues el punto de retener el beneficio, como ageno de la clase de resulta, debia tratarlo el interesado donde correspondiese.

7 La resolucion de S. M. á esta consulta, publicada en 2 de Octubre del mismo año de 1726, fue la siguiente: «Execútese lo que la Cámara propone, »con cuyo dictámen me he conformado, »y se tendrá presente en la Secretaría »del Patronato para su observancia en »los casos semejantes á este, que en »adelante ocurrieren.» Á vista de tan altas autoridades, elevadas á ley general por la citada resolucion de S. M., pareceria desacierto y temeridad traer á nuevo exámen este artículo, mayormente cuando se halla confirmado por la observancia anterior, y por la que despues ha continuado.

8 En el año de 1754 se trató en la cámara, á consecuencia de real órden de 30 de Abril de 1753, del modo de proveer los beneficios patrimoniales de Burgos, Calahorra y Palencia; y precedido el mas sério exámen, se dividieron los dictámenes de los ministros que la compo-

nian: unos fueron de parecer que debian quedar á la provision de S. M. en los ocho meses, y á la de los cabildos en los cuatro ordinarios: otros opinaron que no debia hacerse novedad en lo practicado hasta allí, que era ser en todo tiempo la provision de los beneficios vacantes de los respectivos cabildos eclesiásticos, prefiriendo entre los aprobados en concurso al que tuviese la calidad de presbítero; y como S. M. no ha tomado hasta ahora resolucion sobre la citada consulta, han corrido las presentaciones y provisiones de los referidos beneficios patrimoniales del mismo modo y forma que se hacian antes; de manera que no solo perdió el rey el derecho de presentarlos por via de resulta, de que se habia tratado en la consulta de 11 de Setiembre de 1726, y real resolucion publicada en 2 de Octubre del propio año, sino que tambien quedó indeciso el que podia tener en virtud del concordato, por la diversidad de votos de la otra consulta de 8 de Junio de 1754, en la que se habia tratado particularmente de este artículo.

9 Con igual motivo se suscitó posteriormente otro expediente semejante á los referidos, y en 9 de Mayo de 1759, mandó la cámara que pasase al señor fiscal á fin de que pidiese lo conveniente sobre provision de beneficios patrimoniales; y para hacerlo éste con la séria reflexion que correspondia, pidió que se mandasen remitir copias autorizadas de las bulas que regian la patrimonialidad en el arzobispado de Burgos, y obispados de Calahorra, Palencia y Jaen. El obispo de Calahorra remitió con efecto una bula original de Sixto V de 23 de Diciembre de 1586; y aunque se le mandó despues en 28 de Noviembre de 1767, que informase con la posible brevedad de la calidad, número y valor de los beneficios patrimoniales de dicho obispado, regulado por el último quinquenio, y del estilo que constase en cuanto á la provision de dichos beneficios por los autos de aquella curia eclesiástica, expresando tambien si en algun tiempo se habian reservado algunos de ellos, y obtenido por medio de provision apostólica, no hizo el obispo dicho informe, aunque se le comunicó la órden conveniente en 23 de Diciembre del propio año de 1767, y quedó con este motivo circunducto y sin curso este expediente, unido al de Burgos, Palencia y Jaen.

10 Habiendo vacado en el mes de Octubre de 1784, en la iglesia colegial de Logroño, el arcedianato de san Pedro, se formó expediente sobre preferencia entre los que lo pretendian; y con este motivo representó á la cámara el provisor de Calahorra era de parecer que despues de las reservas apostólicas, y en virtud del concordato del año de 1753, correspondia á S. M. la presentacion de dicho arcedianato en los ocho meses.

11 Visto este incidente con los autos obrados en el asunto, por decreto proveido en 28 de Abril de 1786, mandó la cámara que corriese la presentacion hecha por el cabildo en Don Juan Bautista Gamarra sin perjuicio del derecho del real patronato y regalía de la corona; y que expedidas las órdenes correspondientes, volviese este expediente al señor fiscal, para que sobre el derecho de patronato de todos los beneficios eclesiásticos de aquel obispado expusiese lo que tuviese por conveniente. El señor fiscal pidió diligencias, y aunque la cámara defirió á ellas, no se han ejecutado en la mayor parte, quedando este expediente sin curso desde 17 de Setiembre de 1786, y habiendo corrido la misma desgraciada suerte que los anteriores. Esto no obstante conducen estas diligencias para conocer que los derechos y regalías de S. M. no están olvidadas, ni tienen contra sí ninguna ejecutoria ni resolucion contraria á las que competen al rey en virtud del concordato de 1753; y aun la que se tomó con respecto al derecho de resulta en 2 de Octubre de 1726, no impide se examine de nuevo, y se determine lo que sea mas conveniente y conforme á justicia, oyendo instructivamente bajo de un poder ó procurador á los cabildos eclesiásticos de Burgos, Calahorra y Palencia, por ser una misma la causa en que fundan el derecho de presentar los enunciados beneficios patri-

moniales en todos los meses y casos de sus vacantes.

12 Para cuando llegue este caso me ha parecido escribir este discurso, reuniendo las razones principales que tuvieron en consideracion el señor fiscal y la cámara, así para la primera consulta de 11 de Setiembre de 1726, como para la segunda de 8 de Junio de 754, en que se dividieron los votos, siendo este otro nuevo motivo para considerar esta materia muy digna de que vuelva á tratarse en la cámara con la mas séria reflexion y con audiencia de los interesados.

13 El derecho y regalía de la corona á presentar los beneficios patrimoniales de Burgos, Palencia y Calahorra, tiene tan poderoso apoyo de autoridad y razon en la letra y en el espíritu del concordato, en las decisiones de la cámara, en las mismas bulas y en las leyes del reino, que se han querido traer á favor de los cabildos eclesiásticos en sus presentaciones, que á mi parecer ponen en suma claridad este punto, y no dejan lugar á la duda acerca de la facultad real para proveer los expresados beneficios en los ocho meses apostólicos y casos de las reservas especiales y generales.

14 El cap. 5. del concordato contiene la cláusula siguiente: «Su Santidad, para concluir amigablemente todo lo restante de la gran controversia »sobre el Patronato universal, acuerda »á la Magestad del Rey Católico, y á »los Reyes sus Sucesores perpetuamente, el Derecho universal de nombrar, »y presentar indistintamente en todas »las Iglesias Metropolitanas, Catedrales, Colegiatas y Diócesis de los Reynos de las Españas, que actualmente »posee, á las Dignidades mayores *post* »*Pontificalem*, y otras en Catedrales, y »Dignidades principales, y otras en »Colegiatas, Porciones, Prebendas, »Abadías, Prioratos, Encomiendas, Parroquias, Personatos, Patrimoniales, »Oficios, y Beneficios Eclesiásticos, Seculares y Regulares *cum cura*, *et sine* »*cura*, de qualquier naturaleza que »sean.»

15 En esta disposicion universal, amplísima y repetida no podia menos de incluirse la presentacion de los beneficios patrimoniales, ó no habian de merecer contarse en la clase de beneficios eclesiásticos; pero deseando su santidad explicar mas de lleno sus intenciones, y el ánimo generoso con que acordó perpetuamente á los señores reyes católicos el derecho á presentar todos los beneficios que vacasen en los ocho meses y casos de las reservas, los fué explicando con los mismos nombres y calidades con que son conocidos, y señaló determinadamente entre ellos los patrimoniales.

16 En la constitucion apostólica, expedida en confirmacion del concordato, se incluye la enunciada disposicion general y particular con mayor expresion acerca de los beneficios patrimoniales, ibi: «Y demas Beneficios »Eclesiásticos, aun Patrimoniales,» demostrándose por estos dos testimonios que la calidad de ser patrimoniales no los saca del derecho universal y particular que corresponde á S. M. en virtud del concordato, para presentar persona digna á los que vacaren en los ocho meses y casos de las reservas.

17 Las excepciones ó limitaciones prueban y confirman la regla contraria en todo lo que no expresan y determinan; y este es otro medio que manifiesta la que se ha indicado á favor de S. M. en la presentacion de los beneficios patrimoniales, pues no se hallan exceptuados en ningun artículo del citado concordato.

18 En el 1. y 4. de dichos artículos se mantiene y conserva ileso á los patronos eclesiásticos el derecho de presentar los beneficios de su patronato, siempre que vaquen en los meses ordinarios de Marzo, Junio, Setiembre y Diciembre; y esta restriccion á las vacantes en dichos cuatro meses es una condicion simultánea y precisa, que debe verificarse para que el patrono eclesiástico pueda presentar sin que la posesion anterior que hubiese tenido, aunque fuese extensiva á otros meses y casos de sus vacantes, les pueda aprovechar. Con mayor claridad se explica en este artículo la citada constitucion apostólica en estas palabras: «Y »que del mismo modo las personas

»Eclesiásticas ó Patronos Eclesiásticos, »á quienes toca, y pertenece la nomi»nacion, y presentacion de algunos »Beneficios Eclesiásticos, por tiempo »vacantes, en personas idóneas, que »suelen instituirse en ellos en virtud »de este nombramiento ó presentacion »por el Ordinario del Lugar, ó de otra »manera; puedan y deban tambien en »lo venidero nombrar, y presentar á »los dichos Beneficios vacantes por »tiempo, en los dichos meses tan sola»mente, cesando las reservaciones y »afecciones Apostólicas.» Es de observar en esta constitucion que ademas de ser conforme en la restriccion de los cuatro meses á los dos capítulos 1. y 4. ya citados, tiene la especialidad de que cuando habla en su primera parte de la nominacion y presentacion, que pertenecia á las personas ó patronos eclesiásticos, no distingue si la hacian en las vacantes de los cuatro meses referidos ó en todos los demas del año; y esto manifiesta que aunque estuviese muy de antiguo en la posesion de nombrar en todas las vacantes, meses y casos de las reservas, quedaba reducido su derecho á los cuatro meses ordinarios.

19 El concordato se ajustó y tuvo por causa y fin el interes público que explica en muchas partes, señaladamente en el §. 2., y esta es otra consideracion poderosa, que unida al primitivo derecho y patronato universal, que pretendian tan de antiguo y con tan sólidos fundamentos los señores reyes católicos, hace entender amplísimamente las reglas que se conservaron y se les concedieron por el citado concordato, cediendo á este interes público el particular que pudieran tener los patronos eclesiásticos, supuesto que los legos quedaron ilesos y mantenidos en todas sus facultades.

20 Esta diferencia ofrece un nuevo convencimiento á todos los patronos eclesiásticos, que intenten nombrar ó presentar beneficios de cualquiera calidad que sean, y vacaren fuera de los cuatro meses; pues estando tan expresivo el concordato en que nada se innove en órden á los beneficios de patronato laical de particulares, como se contiene en el capítulo segundo, no se hubiera omitido igual diligencia acerca de los eclesiásticos.

21 Consideraba en estos patronos justamente su santidad que no tenian por sus personas derecho particular que los interesase, pues que todo residia en la Iglesia, de cuyas rentas se habian fundado, ó se habian trasladado á ella, aunque estuviesen dotados con bienes patrimoniales; y en estas circunstancias reconocia su santidad su poder supremo para disponer á nombre y en representacion de la Iglesia de todos sus beneficios, nombrando para ellos ministros que los sirviesen, y diesen el mayor culto á Dios. Esta es la razon principal en que se funda la diferencia indicada entre el patronato laical y el eclesiástico; y es tan poderosa que en la opinion mas probable tiene lugar, aun cuando el patronato sea misto de eclesiástico y laical, pues si aquellos fuesen en mayor número, esta calidad se considera dominante; y así como las dos voces de los patronos eclesiásticos vencerian en la presentacion á la una del lego, el mismo efecto tiene la del papa en quien se resumen las voces de los patronos eclesiásticos, y no puede quejarse el patrono lego de que se le causa perjuicio, aunque no presente los referidos beneficios, y menos sentir este agravio, si se reserva su santidad la presentacion en los cuatro meses ordinarios. Esta es la opinion, aunque no explicada con tan graves fundamentos, del señor Covarrubias *en sus Prácticas cap.* 36. *n.* 2. *y* 5., y de Lambert. *de Jure Patronat. part.* 3. *lib.* 2. *q.* 9. *art.* 9.

22 No puede dudarse que los cabildos de las respectivas iglesias, que presentan los beneficios vacantes en ellas, lo hacen como patronos eclesiásticos á nombre de las mismas iglesias, de cuyas rentas se han dotado, y en estas circunstancias vienen derechamente comprendidos en la letra y en el espíritu del concordato, como lo estaban anteriormente en las reservas de la regla nona de la cancelaría: su disposicion es universal á todos los beneficios que vacasen en los ocho meses,

sin hacer particular memoria de la calidad de patrimoniales; y de aquí tomaron ocasion algunos autores para dudar si los de esta última clase se comprendian en las reservas, ó quedaban fuera de ellas.

23 El señor Covarrubias *en el capítulo* 36. *de sus Pract. n.* 4. *vers. Similiter*, parece que se inclina á que los enunciados beneficios estan exentos de las reservas; pero al mismo tiempo reconoce que esta opinion es dudosa en cuanto á los beneficios patrimoniales, por ser las palabras de las reservas tan generales, *ut et hæc beneficia comprehendere videantur*; remitiéndose para decidir esta duda á la práctica que se haya observado en los casos ocurrentes, y á lo que sea mas útil y conducente á la república cristiana y al ministerio divino, en cuyo concepto considera que estos beneficios patrimoniales no se comprenden en las reservaciones, ibi: *Siquidem admodum conducat hæc beneficia non comprehendi ulterioribus reservationibus.*

24 Loter. *de Re benefic. lib.* 2. *q.* 39. trata de intento este artículo, y por los sólidos fundamentos que expone, abraza la opinion de que estan comprendidos en la regla nona de la cancelaría los referidos beneficios patrimoniales. La misma opinion sigue Riganti *en la part.* 1. *de la enunciada regla* 9. *n.* 369. *y* 370., y mas particularmente trató de ella Gonzalez *á la reg.* 8. *de la cancel. glos.* 9. §. 1., conformándose en que los beneficios patrimoniales estaban comprendidos en la citada regla, por las generales y amplísimas razones que contiene, y solo se inclina á que no lo estan los del obispado de Calahorra, porque lo impiden las cláusulas del *Motu proprio* de Clemente VIII, de 28 de Abril de 1596, de las cuales hacen particular mérito al num. 72.

25 Todos los referidos autores convienen en que no hay cánon ó ley que decida abiertamente esta cuestion; y queda de consiguiente en términos de dudosa al juicio de los que consideren sus respectivos fundamentos, los cuales se dirigen al único fin de averiguar y descubrir si quiso su santidad comprender dichos beneficios patrimoniales en las enunciadas reservas, supuesto que no los expresó, y de esta misma omision han tomado motivo para la disputa referida, siendo de presumir que igual fundamento tuviesen los señores de la cámara para inclinar su dictámen á que no correspondia á S. M. la provision de los beneficios patrimoniales que vacaban por resulta.

26 ¿Pero sería tolerable que se dudase en el dia haber querido su santidad que los señores reyes católicos presentasen para dichos beneficios patrimoniales, que vacan en los ocho meses y casos de las reservas especiales y generales, cuando su santidad los señaló expresamente en el concordato y en la constitucion apostólica de su confirmacion? Esta literal expresion, y aun el modo de hacerla, no pudo dirigirse á otro fin que al de apartar las dudas que se habian excitado por los autores referidos, y dejar plenamente asegurado el derecho de S. M. para hacer dicha presentacion, que no tiene calidad alguna para ser excluida.

27 La calidad de haberse de proveer en los naturales y originarios de los pueblos ó de los obispados es utilísima á las mismas iglesias, y lo es mas la opcion que tienen los que sirven en ellas para ascender de los beneficios menores á los mayores: porque el amor á la tierra en donde nacen, á la iglesia en donde se crian, y el conocimiento de los usos y costumbres los inclina á su permanente residencia, y les facilita la mejor enseñanza y administracion del pasto espiritual, especialmente en los beneficios curados, como lo son todos los que se llaman patrimoniales en el arzobispado de Burgos, y obispados de Calahorra y Palencia.

28 Por esta razon de utilidad pública acostumbró la Iglesia en los primeros siglos elegir para las dignidades y otros ministerios los que ya tenian su destino en las mismas iglesias ó lugares con preferencia á los extraños: *can.* 1. §. 4. *distinct.* 23.: *can.* 13. *y* 16. §. 1. *distinct.* 61.: *can.* 19. *distinct.* 63.: *ley* 13. *tit.* 15. *Part.* 1., *ibi*: «E deben

»primeramente presentar de los fijos de »la Eglesia, si los oviere atales que »sean para ello, é si non, de los otros »que son de aquel Obispado, é esto se »entiende primeramente de los fijos de »los Patrones, é de si de los fijos de »los Parroquianos:» Div. Thom. *Secunda secundæ quæst.* 63. *art.* 2. *vers. Ad quartum*, ibi: *Dicendum quod ille, qui de gremio ecclesiæ assumitur, ut in pluribus consuevit, est utilior quantum ad bonum commune, quia magis diligit ecclesiam, in qua est nutritus, et propter hoc etiam mandatur*, Deut. 17. *Non poteris alterius generis hominem facere Regem, qui non sit frater tuus*: *ley* 4. *tit.* 27. *Part.* 4., *ibi*: «E amistad han otrosi, segund natura »los que son naturales de una tierra:» *can.* 12. *caus.* 8. *q.* 1., ibi: *Oportet eum, qui docet, et instruit animos rudes, esse talem, ut pro ingenio discentium semetipsum possit aptare, et verbi ordinem pro audientis capacitate dirigere.*

29 La *ley* 14. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 14. lib. 1. de la Nov. Recop.) prohibe que las dignidades, prelacías y beneficios del reino se den á extrangeros por las muchas razones de utilidad pública que expresa, señaladamente la de que los que son de una tierra residen con mas gusto y permanencia en ella, estudian con la esperanza de ser premiados con los beneficios de aquellas iglesias en donde han nacido, ó se han criado, y se hacen muchos hombres sabios en honra y utilidad pública del reino. Estas mismas causas concurren á proporcion cuando son preferidos los naturales en los beneficios de sus respectivas iglesias, á que siempre han estado inclinadas las constituciones canónicas, y ha sido muy recomendable el uso y costumbre que en su conformidad se ha observado, mereciendo tambien la aprobacion de su santidad por bulas y privilegios apostólicos, de que hacen mérito las *leyes* 21. 22. *y* 23. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. 2. y 3. título 21. lib. 1. de la Nov. Recop.)

30 Todos los autores forman el mismo juicio del interes público que hay en que se provean los beneficios patrimoniales en los hijos naturales del pueblo de su establecimiento; y aun desearian que se hiciese general esta constitucion, como lo manifiesta el señor Covarrubias en el *cap.* 35. *de sus Prácticas, num.* 5.: Acevedo á la *ley* 14. *tit.* 3. *lib.* 1. *n.* 9., y en la 21. *del prop. tit. y lib.*: Salcedo *de Leg. Polit. lib.* 2. *cap.* 19.: Solorzano *de Jure Indiar. lib.* 3. *cap.* 19. *n.* 5., con otros muchos que refiere.

31 Los señores reyes católicos no intentan perjudicar á los hijos patrimoniales, antes bien desean mantenerles todos sus derechos, como lo han hecho siempre por el interes de la causa pública, segun se manifiesta de las leyes citadas: tampoco pretenden presentar los dichos beneficios, sin que preceda el concurso y aprobacion de los interesados; y siendo estas las dos partes esenciales del uso y costumbre observada en los referidos obispados, confirmadas por bulas apostólicas y constituciones sinodales, y autorizadas por las leyes, no pueden concebir el menor agravio ó perjuicio en que S. M. presente, de este modo los beneficios patrimoniales, ni aun traeria apariencia de novedad capaz de indisponer ó turbar los ánimos de aquellos naturales.

32 Menos se perjudica á los ordinarios en la colacion y canónica institucion de tales beneficios, que siempre han de hacer á los presentados por S. M., como lo hacen ahora á los que nombra y presenta el cabildo eclesiástico. Por consecuencia de estos antecedentes queda reducido este artículo á limitar el derecho de los cabildos eclesiásticos en sus presentaciones á los cuatro meses ordinarios; y en esto no pueden concebir el menor agravio contra la suprema autoridad de la santa sede, que lo determinó así expresamente en el concordato por lo mucho que en ello se interesaba la causa pública.

33 Las diligencias que han pedido los señores fiscales en los últimos expedientes citados, para asegurarse de las presentaciones hechas por los cabildos eclesiásticos en la forma ordinaria, y de las provisiones ejecutadas

por su santidad en uso de las reservas, son ya enteramente inútiles, y se deben omitir para no dilatar su curso. La razon es porque dichas diligencias solamente podian tener dos efectos: uno es calificar los últimos estados para que continuasen las presentaciones con arreglo á ellos; y S. M. no intenta alterarlos, ni cortar las presentaciones de los cabildos en este momento, sino examinar con su audiencia en juicio instructivo el derecho perteneciente á la corona en virtud de los robustos títulos del concordato, patronato universal y derecho de resulta.

34 Tambien podria servir la práctica y observancia anterior para interpretar y declarar la verdadera inteligencia de las reservas y concesiones apostólicas; y aunque esto pudo tener algun lugar con respecto á las reservas por la generalidad de sus palabras, no tiene entrada en las cosas claras y notorias, como lo son en este artículo el concordato y la constitucion apostólica de su confirmacion.

35 El uso y costumbre que se alega de haber presentado de inmemorial tiempo los cabildos eclesiásticos, cuando hubiera podido impedir el efecto de las reservas, no puede hacerlo del que corresponde al rey por las concesiones que contiene el concordato: porque desde su publicacion se han reclamado y disputado, como resulta de los enunciados expedientes, en que mandó S. M. que la cámara tratase del derecho que le podia corresponder en la presentacion de dichos beneficios patrimoniales. Ademas que sin buscar en los archivos de Burgos, Calahorra y Palencia, ejemplares de haber provisto su santidad en uso de sus reservas, y presentado S. M. por el derecho de resulta alguno de dichos beneficios, se hallan repetidos así antiguos como modernos.

36 De los primeros ejemplares hacen particular memoria Lot. *de Re ben. lib.* 2. *q.* 39. *n.* 20. *v. Num*: Gonz. *sobre la regla* 8, *de la canc. glos.* 9. §. 1. *n.* 47. *y siguient.*; y aunque en el *n.* 58. *vers. Rursus*, advierte que los sumos pontífices rara vez pasaban á proveer dichos beneficios vacantes en mes reservado, sino que permitian á los ordinarios que lo hiciesen por concurso y segun la forma acostumbrada, no quedaban por eso ligados á no hacerlo cuando les parecia. Y si esto procede con tan sólidos fundamentos con respecto al título de las reservas, con mayor razon tiene lugar y se ha ejecutado por via de resulta, y debe hacerse ahora en virtud del concordato, siguiendo los ejemplares que constan de los expedientes formados en la cámara.

37 La secretaría del real patronato, en el que siguió el dicho Don José Gonzalez de Jate el año de 1726, dijo entre otras cosas lo siguiente: «Que »quando S. M. y los Reyes sus prede»cesores han nombrado para Obispa»dos de estos Reynos á sugetos que »han obtenido, al tiempo de ser elec»tos en ellos, los referidos Beneficios »patrimoniales, los han dexado vacos, »y muchos de ellos los han provisto »los Señores Reyes por el derecho de »resulta, con la circunstancia precisa »de ser en hijo patrimonial de la Villa »ó Lugar en donde es el Beneficio, lo »qual se ha practicado así de tiempo »inmemorial á esta parte.»

38 Ademas informó la misma secretaría lo ocurrido en diferentes casos y ejemplares: uno de ellos fué el de Don Pedro de Rosales, canónigo de la santa iglesia de Toledo, promovido al obispado de Lugo, quien obtenia un beneficio entero patrimonial en la parroquia de Miranda de Ebro, del arzobispado de Burgos. La cámara consultó este beneficio al señor Don Felipe IV, en 4 de Junio de 1641, por el derecho de resulta; y S. M. nombró en 21 del propio mes de Julio al licenciado Diego de Zambrana, que era patrimonial y medio beneficiado en la misma parroquia, y para la vacante de este medio beneficio fueron consultados tres de los mismos pretendientes patrimoniales, y S. M. nombró al licenciado Juan de Cabezon, presbítero.

39 Por promocion de Don Diego de Tejada al obispado de Ciudad-Rodrigo, vacaron dos beneficios patrimoniales, uno en la villa de Ocon y otro

en la de Jubera, los cuales consultó separadamente la cámara en 7 de Agosto de 1655; y S. M. se sirvió nombrar para el de Ocon á Don Manuel Lopez de Espinosa, y para el de Jubera al único pretendiente de los patrimoniales.

40 Tambien informó la secretaría en dicho expediente de Gonzalez que el nominado Don Diego de Tejada, no obstante haber sido provisto en el obispado, solicitó que el rey le hiciese merced de que pudiera retener los dos enunciados beneficios; y no habiendo condescendido S. M. con esta pretension, se hicieron las consultas que van indicadas.

41 Don Miguel Gregorio de la Fuente, promovido en el año de 1669 á la abadía de Covarrubias, pretendió que S. M. le hiciese la gracia de retener dos beneficios patrimoniales, que gozaba en las parroquias de Aleson y Huercanos, del obispado de Calahorra; y desestimada esta pretension, se le mandó que en conformidad á la costumbre hiciese renuncia de dichos dos beneficios, como con efecto la hizo.

42 Para proveer con mayor instruccion y conocimiento los dos enunciados beneficios patrimoniales, en la forma y modo con que debia hacerse, se pidió nuevo informe á la secretaría del patronato, la cual lo dió reproduciendo sustancialmente el anterior del año de 1641; y en su vista, y de los que hizo tambien aquel obispo de órden de la cámara, dijo el señor fiscal: «Que S. M. se hallaba en posesion de »proveer estos Beneficios, como fuese »en hijos patrimoniales, y con la cali»dad de opcion de quarto á entero, se»gun la costumbre de cada Iglesia,» autorizando este dictámen con los ejemplares que quedan referidos. No consta que se tomase resolucion acerca de este expediente.

43 Don Francisco Rodriguez Menderazqueta fué nombrado en el año de 1714 obispo de Sigüenza. Obtenia el Don Francisco tres beneficios patrimoniales en el obispado de Calahorra, que renunció á la provision de S. M.; y habiéndose comunicado aviso al obispo Don Alfonso de Mena, y despues al cabildo de dicha iglesia en sede vacante, para que hiciesen concurso y enviasen informe de los opositores á estos tres beneficios, respondió el cabildo que ya estaban provistos por el ordinario á presentacion de los cabildos de las iglesias en que estaban sitos en conformidad á la práctica y costumbre. De estos ejemplares, y de haberse anticipado los ordinarios á proveer los beneficios vacantes por el derecho de resulta, hay otros diferentes, de los cuales se deducen dos poderosas consecuencias con respecto al derecho de resulta correspondiente á S. M.: una que en las vacantes causadas por resulta no hay ni puede haber posesion, ni menos costumbre de haberlos presentado los cabildos con noticia y consentimiento de S. M., ni puede sacarse argumento de que lo hayan hecho en otras vacantes ordinarias; antes bien las presentaciones positivas, que consta haber hecho los reyes católicos en tales casos, y las reclamaciones que en otros hicieron, son suficientes para conservar ileso el derecho y regalía de la corona, sin que se pueda considerar interrumpido con las precipitadas y fraudulentas presentaciones de los cabildos, ni el descuido y tolerancia de los ministros de S. M. puede perjudicar en manera alguna al derecho de proveer lo que vaca por resulta, mayormente habiéndose padecido en aquellos tiempos mucho descuido en los ramos de patronato, como lo manifiestan las leyes y autos acordados.

44 El *auto* 12. *tit.* 6. *lib.* 1. (Nota 11. tit. 18. lib. 1. de la Nov. Recop.), para ocurrir á los fraudes que hacian los agraciados por S. M. en prebendas del patronazgo real, ocultando los beneficios que obtenian, mandó que hiciesen declaracion jurada ante escribano ó notario de todas las prebendas y beneficios que obtuviesen hasta aquel dia y seis meses antes; y que sin que esta preceda, á ninguno se entregue el título, haciendo á la secretaría muy estrecho encargo para su inviolable observancia.

45 El *auto* 13. *siguiente* (Nota 11. citada) ratificó la disposicion anterior,

relevando al interesado del juramento; y explica el fin á que se dirige de evitar las ocultaciones de lo que debia quedar á la real provision por el derecho de resulta.

46 Por estos dos autos acordados en 8 de Marzo y 24 de Abril de 1690, se manifiesta la ocultacion que dió motivo á ellos, y se convence al mismo tiempo que todas las prebendas y beneficios, sin distincion de patrimoniales, (pues no la hacen dichos autos) que obtenian los presentados por S. M. en prebendas ó beneficios del patronazgo real, quedaban á su provision por el derecho de resulta.

47 El *auto* 18. *del prop. tit. y lib.* explica con mayor claridad este derecho de resulta, y añade al num. 1. que padecia de algunos años á aquella parte mucha confusion; bien que se habia observado aun en aquellos beneficios de conmensales de su santidad, en que tenia regalía privativa, y en los dados por cardenal, que se devolvian á la santa sede en la primera provision, por no lograr de alternativa, y en los deanatos afectos á la silla apostólica, todos los cuales presentaban los señores reyes de España por el derecho de resulta, cediendo á la costumbre en esta parte las regalías de su santidad.

48 Pues si vence el derecho de resulta al que compete á su santidad por la afeccion y reserva de los enunciados beneficios, ¿cómo podrán defender el suyo los cabildos eclesiásticos, impidiendo la presentacion de S. M., en la cual serán muy raros los ejemplares de resistencia, por no ser frecuentes las vacantes que se causan por resulta? Las demas presentaciones ordinarias, en que no se disputa á los cabildos su derecho, no prueba en manera alguna contra el intento de este discurso, ni deben traerse á colacion en perjuicio de la regalía.

49 El *auto* 19. *del referido título* 6. *lib.* 1.' (Ley 15. tit. 17. lib. 1. de la Nov. Recop.) da la última prueba del pensamiento que se ha apuntado acerca de la oscuridad y abandono en que han estado los derechos de S. M. en cuanto á su real patronato; y para su remedio se creó y nombró un fiscal que asistiese á la cámara, y que sin embarazarse en otros negocios entendiese por sí solo en los del patronato con las calidades y destinos que expresa el citado auto de 6 de Agosto de 1735.

50 Pues si en este tiempo padecian tanto abandono y usurpaciones las regalías de S. M., ¿qué seria en los mas antiguos? ¿Y de cuantos medios se valdrian los interesados para que no llegasen á noticia del rey los beneficios que obtenian, y creian poder retener, siendo compatibles con el de patronazgo real en que fueron presentados?

51 Aunque se ha mejorado la suerte de la regalía en el uso de su patronazgo, ya por el derecho de resulta y ya en virtud del concordato, todavía sufre en nuestros tiempos grandes perjuicios por la dilacion de los negocios en que tiene interes S. M., y por el abandono de otros, no siendo posible, ó siendo á lo menos muy dificultoso, que ocupados los señores fiscales en los muchos y graves negocios del Consejo puedan atender al mismo tiempo á todos los de la cámara, y menos tenerlos á la vista y en memoria si los agentes no se los recuerdan. Esta fué la razon mas poderosa que tuvo el señor Don Felipe V para crear un fiscal, que instruido por sí de los negocios de su real patronato, regalías y derechos, removiese los embarazos y perjuicios, que necesariamente resultaban de su falta en la cámara por las precisas dilaciones. Expresó asimismo el rey en el citado *auto* 19. ser tan copioso y ejecutivo el número de expedientes, pleitos y negocios que se añadian á su real patronato, con lo que el secretario de él habia hecho ver estaba usurpado y abandonado, que no siendo justo distraer al fiscal del Consejo de los graves negocios peculiares de éste, por entregarse á aquellos, ni aventurar las ventajas de unos por la imposibilidad de atender igualmente á otros, resolvió S. M., para ocurrir á estos inconvenientes, crear un fiscal con précisa asistencia á la cámara, relevándole de la del Consejo, con las preeminencias y calidades que se expresan en dicho auto acordado. Y si en aquel tiempo

eran tan numerosos y graves los expedientes y negocios del real patronato, ¿qué consideracion merecerán hoy, que ha logrado la corona reunir en lo general su patronazgo real por efecto del concordato del año de 1753?

52 La experiencia hizo conocer que la mayor diligencia y celo de un hombre solo, aunque sea auxiliado de los agentes, no puede llenar todo el despacho de los negocios que ocurren en la cámara; y habiéndose experimentado un retardo considerable, mandó S. M. por real órden de 3 de Diciembre de 1784, que se tuviese una cámara extraordinaria para dar salida á los atrasos, como se ejecuta en el viernes de cada semana.

53 El derecho de presentar los beneficios, que vacan por resulta, procede de un principio y título universal, incluido en la costumbre inmemorial á eleccion de los señores reyes, pudiendo unirlo al mismo tiempo con las gracias y confirmaciones apostólicas que indica el *auto* 18. *tit.* 6. *lib.* 1., y constan por otros muchos medios. En este supuesto se debe hacer otro igualmente cierto, reducido á que para mantener esta regalía en lo único universal de todo lo eclesiástico, es suficiente prueba la de las leyes repetidas, y lo seria tambien la de cualquier acto que haya ejercitado S. M. presentando para beneficios patrimoniales, así fuera de las enunciadas diócesis de Burgos, Calahorra y Palencia, como dentro de ellas, siendo del cargo de los cabildos eclesiásticos probar concluyentemente algun título particular capaz de impedir y vencer el general, que tiene S. M. para presentar por resulta dichos beneficios patrimoniales; y esto ni lo han hecho, ni lo pueden hacer, segun los ejemplares referidos y las reclamaciones pendientes, que son cada dia mas poderosas en sus razones y fundamentos, considerados los que expuso la cámara en su citada consulta de 11 de Setiembre de 1726, y motivó la real resolucion publicada en 2 de Octubre del propio año.

54 Tendria entonces presente la cámara que las vacantes por resulta de los beneficios patrimoniales de Burgos, Calahorra y Palencia eran rarísimas y de poco momento al interes del real patronato; y esta sola consideracion haria conocer que aunque S. M. condescendiese en que continuasen los cabildos, presentando en estas vacantes del mismo modo y forma que la hacian en las ordinarias, precedia esta tolerancia de un acto facultativo en materia mínima, que aunque se hubiese continuado por largo tiempo, no ponia límites á la regalía de S. M., ni impedia su uso cuando le pareciese, y mucho menos si las cosas mudaban de semblante, haciéndose mayor el daño, como sucederia en el tiempo presente despues del concordato del año de 53.

55 La prueba de esta verdad tiene su fundamento y razon en las doctrinas comunes, que recuerda el cardenal de Luca *en el discurso* 14. *de Decimis*, y consta tambien por un hecho notorio; pues en el citado año de 1726 las presentaciones de S. M. eran reducidas á las prebendas y beneficios del patronato antiguo, y sus resultas debian ser necesariamente rarísimas; pero despues del concordato son frecuentes las que corresponden al rey en los ocho meses y casos de las reservas especiales y generales, sin haberse disminuido la regalía de que usaba antes, habiendo creeido á proporcion las vacantes por resulta, en que tiene S. M. mayor interes y derecho que en las ordinarias.

56 La razon de diferencia consiste en que la presentacion por resulta la hace S. M., tanto en beneficios incompatibles que tenian los agraciados, como en los compatibles que podrian retener, si no estuviese en observancia la regalía y derecho de resulta. Añádese á esto que aun los beneficios incompatibles con los del patronazgo real, que presenta S. M., vacan desde el dia de la posesion del último, ó desde que se hace su renuncia; y estando en arbitrio del agraciado por S. M. tomar posesion del nuevo beneficio en mes ordinario, ó renunciar el que tenia en el mismo, no podria presentarlos por otro título que el de resulta, y se perjudicaria mas notablemente á esta regalía. Esta es una verdad bien demostrada, y confirmada por la experiencia en casos semejantes,

que penden de la voluntad de los agraciados por S. M., quienes deberian serle gratos y reconocidos.

57 Los provistos en plazas togadas y en otros empleos seculares retenian los beneficios eclesiásticos que gozaban. Y considerando S. M. los graves inconvenientes que resultaban de unir el sacerdocio con el imperio, mandó á consulta de la cámara de 8 de Agosto de 1768, que los provistos declarasen los beneficios que poseian, y los renunciasen por escritura auténtica, deteniéndoles entretanto el título ó cédula correspondiente. Y no obstante que lo hacen así puntualmente, no hay un solo ejemplar de que estas renuncias se hayan admitido por los ordinarios en mes apostólico, reservándolas para los cuatro ordinarios, y defraudando al rey de su presentacion.

58 Para romper este abuso pendiente de muchas causas que no explico ahora, hice renunciar en mes apostólico á un hijo mio, agraciado por S. M. en una plaza del crímen de la real audiencia de Cataluña, un beneficio que tenía en el arzobispado de Sevilla, tomando todas las precauciones oportunas para que el ordinario no dilatase su admision, y para que remitiese á la cámara la certificacion conveniente.

59 La segunda consideracion se reduce á que cuando el derecho de resulta no tuviera todo el lugar que se pretende en los beneficios patrimoniales, de ningun modo puede excluirse el que compete á S. M. por su patronato universal y por las demas gracias, indultos y concesiones apostólicas, que se acordaron á los señores reyes católicos en el concordato del año de 1753, pareciendo por todo lo expuesto muy justo y conveniente que se continúen y determinen los expedientes formados en la cámara, sobre presentar los beneficios patrimoniales del arzobispado de Burgos, y obispados de Calahorra y Palencia, y los demas de igual naturaleza.

## CAPÍTULO VI.

*Todas las presentaciones ó nóminas de prebendas y beneficios, que hacian muchas personas ilustres por gracia, indulto ó privilegio apostólico, debieron cesar, y caducaron inmediatamente despues del concordato ajustado entre la santa sede y los señores reyes de España en el año de* 1753.

1 Siete años continuaron los indultarios despues del concordato en la pacífica posesion de hacer y repetir las presentaciones de las dignidades, prebendas y beneficios, como lo habian hecho en los tiempos anteriores al mismo concordato. Nadie los demandó, ni inquietó, ni se pensó en este tiempo en reunir á la corona el derecho de presentar dichos beneficios, como lo tenia en los demas que vacaban en los ocho meses y casos de las reservas. Muy extraña y reparable fué sin duda alguna esta inaccion, y de grave daño tambien á los derechos de S. M., no solo por estar privado tanto tiempo de su regalía, sino tambien porque podian inferir los indultarios de este silencio un reconocimiento de sus derechos, y que no estaban comprendidos á favor de S. M. en el concordato. Para enmendar en lo posible la inaccion de lo pasado, mandó S. M. por real órden de 20 de Junio de 1760, comunicada á la cámara por el marques del Campo-Villar, que todos los indultarios apóstólicos presentasen en ella los privilegios originales dentro del término de cuatro meses; y que en el de dos, despues de poner en secuestro todas las presentaciones de ellos, los oyese en justicia de un modo instructivo, breve y sumario, cuanto quisiesen deducir, exponer y alegar: que en el de otros dos los ministros del mismo tribunal, oyendo al señor fiscal, que deberia defender los derechos perpétuos de la monarquía, y confiriendo despues entre sí, consultasen á S. M. reservada y separadamente lo que se les ofreciese y pareciese, fundando cada uno su dictámen, para que en vista de todo pudiese S. M. resolver lo conveniente; y que todos y cada uno de estos términos fuesen absolutamente últimos y perentorios.

2 En cumplimiento de esta real ór-

den se expidieron cartas circulares en primero de Julio de dicho año de 1760, á todos los prelados del reino, para que las hiciesen saber por edictos públicos, cartas ó citaciones personales á todos los indultarios, que en sus respectivas diócesis tuviesen privilegio, indulto, bula, ó concesion apostólica, para presentar cualesquiera beneficios residenciales ó no residenciales, con apercibimiento de que pasados dichos seis meses, no serian mas oidos, y se procederia á lo que hubiese lugar en derecho; y que en el ínterin que S. M. resolvia lo conveniente, procediesen al secuestro de la presentacion de sus beneficios. Con efecto la citada real órden se verificó en todas sus partes, y solo se reformó en cuanto al secuestro, mandando alzar los que se habian hecho por otra que se comunicó igualmente á los mismos prelados en 16 de Abril de 1761.

3 En cumplimiento de la órden primera presentaron en la cámara el duque de Alba, el de Alburquerque y el marques de Villafranca y de los Velez sus respectivos indultos originales. En su vista pidió el fiscal que se retuviesen, y que se declarase pertenecer á S. M. la presentacion de todos los beneficios, á que se extendian dichos indultos. Los interesados de su parte solicitaron se les devolviesen, declarando su perpetuidad y subsistencia para continuar en el uso de sus presentaciones, y que cuando se concibiese alguna duda, procedida de la oscuridad del concordato, se propusiese y consultase con la santa sede, esperando su declaracion; y en suma alegaron y expusieron cuanto estimaron conveniente para fundar su derecho. Los ministros de la cámara, despues de examinar y conferenciar con madura reflexion sobre este asunto, dieron y fundaron separadamente su parecer, haciéndose cargo muy por menor en él de las razones y autoridades que expusieron los indultarios, á las que dieron cumplida satisfaccion; y llegando á concluir su dictámen á favor del derecho de S. M. sobre muy graves y sólidos principios, en lo cual convinieron con uniformidad cuatro de los seis ministros de la cámara; con vista de todo lo que contenía esta consulta, se sirvió S. M. resolver lo siguiente: «La Cámara dará las órdenes correspon»dientes, para que los Duques de Alba »y Alburquerque, y Marques de Villa»franca, cesen en el uso de los indultos »Apostólicos que hasta aquí han teni»do, como derogados por el Concorda»to, y pertenecerme en su consecuen»cia la nominacion de todos los Benefi»cios, y piezas Eclesiásticas compren»didas en ellos.»

4 Publicada en la cámara el 30 de Enero de 1764 esta real resolucion, se mandaron retener y archivar los indultos apostólicos presentados por los duques de Alba y Alburquerque, y marques de Villafranca, poniéndose en ellos las notas correspondientes á la retencion con la providencia y resolucion de S. M.; y que se comunicase la misma resolucion y retencion á los referidos duques y marques, previniéndoles se abstuviesen de proveer en adelante las prebendas, beneficios y demas piezas eclesiásticas que presentaban con título de los referidos indultos, y que al mismo tiempo se diesen las órdenes convenientes á los respectivos obispos de las diócesis, en que se hallaban los beneficios contenidos en dichos indultos, para que no admitiesen sus presentaciones, y diesen cuenta á S. M. de los que vacasen en los ocho meses apostólicos y casos de las reservas.

5 No habiendo reclamado ni suplicado los indultarios de esta soberana resolucion, y sí obedecido y cumplídola enteramente, continúa S. M. en los casos de las vacantes, presentando pacíficamente por el largo espacio de veinte y tres años los enunciados beneficios.

6 Con motivo de cierto incidente acordó la cámara en 26 de Mayo de 1783 que los referidos votos se copiasen y certificasen por el secretario del patronato, colocándolos en un libro, y que se archivasen los originales, teniendo consideracion á que sobre este punto de indultos necesitaria consultarse en los casos ocurrentes.

7 Esta providencia contiene dos partes: en la primera supone la cámara que con los duques de Alba y Albur-

querque, y marques de los Velez, no seria necesario hacerse renovacion de los votos referidos, por estar acabada su instancia con la sentencia y determinacion de S. M., y sellada con el consentimiento y largo silencio de los mismos; pero en la segunda manifiesta que no producirá este efecto de cosa juzgada con otros indultarios que no litigaron, ni han sido oidos, y que con respecto á estos será necesario, en el concepto de la cámara consultar aquellos votos en los casos ocurrentes.

8 Pruébase la primera parte de la proposicion antecedente por lo que dispusieron y observaron constantemente los romanos; pues siendo la dignidad de prefecto pretorio la de mas alta autoridad, porque juzgaba y decidia los negocios mas graves con verdadera, inmediata y privativa representacion del emperador, causaba su sentencia todos los efectos de cosa juzgada, sin poderse reclamar ni suplicar de ella. Así lo ordenó primeramente el emperador Constantino en la *ley*. 16. *de Appellat. Cod. Theodos.* por estas palabras: *à Præfectis autem Prætorio, qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus*; y da la razon: *Ne jam nostra contingi veneratio videatur*; que es como si dijera que no se puede sufrir sin injuria que se reclame por agraviada ó injusta la sentencia, que daba el prefecto pretorio á nombre y con representacion íntima de la magestad; y si este respeto y veneracion se tenia á la sombra y á la imágen ¿cual deberá tenerse al original?

9 El prefecto pretorio daba á su sentencia el alto y respetable concepto de justa, por la presuncion de que juzgaria del mismo modo que lo haria el emperador. Esta es la razon con que concluye la *ley única ff. de Officio Præfecti Prætor.*, y en que funda la grande autoridad de su sentencia, ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia, ac luce dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus.* Pues si tanto hace la sola presuncion en este punto, ¿qué hará la realidad en el príncipe que tiene á la vista todas las leyes, y es puesto para hacer justicia á sus súbditos, como insinuó oportunamente el papa Bonifacio VIII en el *cap.* 1. *de Constit. in Sext.* y lo dice, hablando del testimonio del emperador ó rey la *ley* 32. *tit.* 16. *partida* 3?

10 La *ley* 8. *tit.* 18. *Part.* 4. hace semejante al prefecto pretorio el Adelantado mayor de la corte, explica su oficio y dignidad, como subrogado en lugar de rey para juzgar y librar en ella todos los pleitos del reino en las alzadas de los jueces de la corte; y por esta inmediata representacion dice: «Ca »así como non pueden apelar de la sen»tencia, que da el Emperador ó Rey, »bien así non pueden alzarse de la que »diese este atal, mas puédenle pedir »merced que vea, ó enmiende su senten»cia, si quisiere.»

11 Lo mismo disponen las *ley*. 4. y 6. *tit.* 24. *Part.* 3., señalando en esta última, para suplir la omision de las anteriores, el término de diez dias para pedir merced al rey de ser nuevamente oida la parte, contados desde el dia que fuere dada la sentencia por el rey ó por el adelantado mayor de la corte; y aunque en esta ley se proroga con varias calidades y prevenciones el término de suplicar y pedir merced de las enunciadas sentencias al de dos años, se reformó en esta parte su disposicion, estableciéndose por regla constante en las leyes posteriores el de diez dias perentorios, contados desde que llega la sentencia á noticia de la parte, en las que diere el Consejo y los tribunales superiores, verificándose así los dos extremos de la proposicion antecedente; esto es, que la sentencia que da el rey ó los tribunales superiores, que despachan con su inmediata representacion, hace cosa juzgada, y que solo por gracia puede ser oida nuevamente la parte que se sintiere agraviada, suplicando y pidiendo merced al rey y los tribunales que le representan, en el referido término de diez dias, sin que lo puedan hacer despues, como se dispone literalmente en la *ley* 1. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.*, (Ley 1. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) y estaba preservado en la 1.

*tit.* 18. *del propio libro.* (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.)

12 Habiendo pues pasado tantos años desde que S. M. pronunció y declaró en el citado expediente de indultarios el derecho de la corona, sin que los interesados se diesen por agraviados, ni pidiesen gracia para ser oidos nuevamente en el asunto, se convence por todos los medios legales el justo concepto que formó la cámara, de que en ningun tiempo podrian ser oidos, supuesto que ellos mismos habian reconocido la notoria justicia de la soberana resolucion del rey; y seria torpeza que contra su propio y autorizado testimonio la reclamasen como agraviada é injusta, como lo notó al intento la *ley* 13. *Cod. de Non numerata pecunia.* Y cuando el duque de Alba dejó salir de su casa unos derechos, que habia mantenido en ella tantos años, y le eran de singular prerogativa, bien de lleno se convenceria de la justicia de la resolucion de S. M.; y consultando su conciencia, su respecto y decoro, condescenderia en la ejecucion, y la toleraria tanto tiempo hasta su muerte, como lo hicieron tambien los demas interesados sin duda por los propios respetos.

13 Si con los indultarios, que no litigaron en aquel expediente, no tiene la resolucion de S. M. el mismo efecto y eficacia de cosa juzgada, por no concurrir las tres identidades que piden las leyes, pues falta la principal de ser oidos; puede asegurarse que tiene igual ó mayor fuerza de ley el ejemplar de esta decision para todos los casos semejantes, sin que los indultarios puedan tratar de otros puntos que de los relativos á las circunstancias de sus gracias: *leg.* 1. §. 1. *ff. de Constit. Princip.*: *leg. ultim. C. de Legib.*, ibi: *Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hanc esse legem, non solum illi causæ, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. ¿Quid enim majus, quid sanctius imperiali est majestate? ¿Vel quis tantæ superbiæ fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat? Cum et veteris juris conditores constitutiones, quæ ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere aperte dilucidèque definiant.* El emperador Justiniano fué del mismo sentir, y lo manifestó con la distincion que hace en el §. 6. *de Jur. natur. gent. et civili*, ibi: *Quodcumque ergo imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat.* Ampliando esta doctrina el Vinnio al n. 2. de su comentario, con la misma paridad entre lo que manda por carta, y lo que determina por decreto ó sentencia en las causas de que conoció, oidas las partes, dice: *Posterioris hujus generis duæ sunt species, epistola sive rescriptum, et decretum. Epistola propriè dicitur cum privatis de jure suo consulentibus princeps rescribit. Decretum (id est regia declaratio) cum ipse de causa cognoscit, et partibus auditis, sententiam pronuntiat*: *cap.* 19. *ext. de Sentent. et re judicata*, ibi: *In causis quæ summi Pontificis judicio deciduntur, et ordo juris, et vigor æquitatis est subtilitèr observandus. Cum in similibus casibus cæteri teneantur similitèr judicare*: *ley* 14. *tit.* 22. *Part.* 3., ibi: «Otrosí decimos, »que non debe valer ningun juicio, »que fuese dado por fazañas de otro: »fueras ende, si tomasen aquella faza»ña de juicio, que el Rey oviese dado. »Ca estonce bien pueden judgar por »ella, porque la del Rey ha fuerza, é »debe valer como ley en aquel pleyto »sobre que es dado, é en los otros que »fueren semejantes.» El señor Castillo, supuesta la regla de que no debe juzgarse por ejemplos, sino por lo que deciden las leyes, exceptúa de ella las sentencias, que dan los tribunales superiores, *Controvers. lib.* 5. *cap.* 89. *n.* 98., ibi: *Id tamen non procedit in sententiis supremi Consilii, et tribunalium superiorum, quæ semper venerandæ sunt, et reverenter imitandæ in decisione causarum similium.*

14 La *ley* 13. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Rec.* (Ley 2. tit. 25. lib. 7. de la Nov. Recop.) manda «que ninguna, ni algu»nas personas, á quienes nos avemos »hecho, ó hiciéremos merced de qua-

»lesquier cortijos, y heredamientos, y »tierras en los términos de las Ciuda»des, y Villas, y Lugares del Reyno de »Granada, que sin nuestra licencia, y »especial mandado no los puedan de»hesar, ni dehesen, ni defender, ni »defiendan la yerva, y otros frutos, »que naturalmente la tierra lleva, ni »lo puedan guardar, ni guarden, salvo »que quede libremente para que todos »los vecinos de las dichas Ciudades, y »Villas, y Lugares, y sus términos lo »puedan comer con sus ganados, y »bestias, y bueyes de labor, no estan»do plantado, ó empanado.» [30]. Dos restricciones contiene esta ley, una con respecto á los términos y lugares del reino de Granada, y otra mas estrecha relativa á las personas, cortijos y heredamientos, á quienes los reyes católicos los hubiesen dado. Unidas estas dos circunstancias á la de ser contraria esta ley á lo que establecia el derecho comun de los romanos, usado constantemente hasta entonces en España, de que son testigos todos nuestros autores, persuadian deberse entender con limitacion á las personas y á los territorios de que habla; pero como la razon de utilidad pública, en que se funda, es general, lo que determinaron los señores reyes católicos con respecto al reino de Granada, se ha extendido y observado igualmente en todos los de España.

15 Lo mismo sucede en la revocacion de la ordenanza de Avila, de que habla la *ley* 14. *del propio tit.* 7. *lib.* 7. (Ley 3. tit. 25. lib. 7. de la Nov. Rec.), en la cual se expresa mas abiertamente la razon de utilidad pública, *ibi*: «La »cual dicha Ordenanza parece ser he»cha en grande agravio, y perjuicio »de los vecinos, y moradores de la di»cha Ciudad, y su tierra, y contra de»recho; porende, como Ordenanza he»cha en perjuicio de la República, por »la presente la revocamos, y anula»mos.» Sobre la inteligencia y extension general de esta ley estan contestes los autores, señaladamente Lagunez *de Fructibus*, *part.* 1. *cap.* 7. *n.* 78.: Covarrub. *Practic. cap.* 37. *n.* 3. *vers. Quidquid sit*; y Oter. *de Pasc. cap.* 16. *n.* 8. Y si los romanos usaban con frecuencia de aquella respetable sentencia, á que arreglaban sus decisiones: *Sic enim inveni senatum censuisse*, á que alude la *ley* 9. *ff. de Legib.*; con mayor razon debe andar siempre en la boca de los jueces: *Sic enim inveni Regem censuisse.*

16 Concedamos pues que la sentencia que dió el rey en el expediente de los tres indultarios referidos no se pueda alegar como excepcion dilatoria de cosa juzgada con los que no litigaron ni fueron oidos, pero conservará toda la naturaleza y eficacia de perentoria en el progreso y fin de la causa, y será entonces tan respetable su autoridad en casos semejantes, que deberán seguirla como ley todos los jueces y tribunales de estos reinos, y solo pondrán su conocimiento en ajustar la identidad ó semejanza de los indultarios que nuevamente se presenten, con los que fueron juzgados en el citado expediente. Este será el objeto del juicio comparativo entre los breves de indulto de los duques de Alba y Alburquerque, y marques de Villafranca, y los que se presentaren de nuevo. Y para que pueda hacerse fiel cotejo de unos y otros, conviene seguir el ejemplo que nos da la *ley* 6. *ff. de Transactionib.*, ibi: *De his controversiis*, *quæ ex testamento proficiscuntur*, *neque transigi neque exquiri veritas aliter potest*, *quam inspectis*, *cognitisque verbis testamenti*: *ley* 15. *Cod. eodem tit.*, ibi: *Ut responsum congruens accipere possis*, *insere pacti exemplum.*

17 Los breves expedidos á favor del gran duque de Alba Don Fernando son los mas expresivos, y los que contienen servicios mas relevantes, por cuya razon se eligen para que sirvan de ejemplo á los que se presentaren por otros indultarios. Pio IV, en bula expedida á 17 de Julio de 1560, concedió al duque Don Fernando y á sus sucesores, en los estados del ducado de Alba y marquesado de Coria, el derecho perpétuo de patronato y presentacion de todos los canonicatos, prebendas, dignidades, íntegras porciones, parroquiales y medias porciones, iglesias sin cura, las perpétuas vicarías de ellas, beneficios eclesiásticos servide-

ros, prestameras y sus porciones, y otros cualesquiera beneficios eclesiásticos de cualquiera género que se hallasen, y tuviesen su cualidad y existencia en dicho ducado, y por cualquiera caso que vacasen, excepto el de *resigna* en manos de su santidad. Esto es lo dispositivo del citado breve. Las cláusulas de su declaracion y ampliacion manifiestan que este derecho de patronato y presentacion es tan solamente de los legos nobles é ilustres, condes, duques y marqueses: que compete al dicho Don Fernando y á sus sucesores, no por privilegio sino por verdadera y real fundacion y dotacion laical: que obtiene la misma fuerza y vigor que si les competiese y les hubiese sido concedido por verdadera y real fundacion y dotacion laical: que en ningun tiempo se pueda derogar por los sumos pontífices ni por la silla apostólica y sus legados, sino es en los casos en que por ésta se ha acostumbrado derogar el derecho de patronato de legos, que tan solamente compete por fundacion y dotacion laical de los condes, marqueses y duques; y que dichas iglesias y prebendas á ninguno se puedan conferir sin expreso consentimiento de dicho Don Fernando y de sus sucesores, y si de otro modo se confiriesen, fuese todo en sí irrito y nulo, sin que aun título presente, con declaracion que esta gracia y derecho de presentar no se ha de entender comprendida en ningunas especiales ó generales, aunque sean mentales reservaciones, supresiones perpétuas ó temporales, expectativas, y otras preventivas gracias y mandatos de unir, incorporar, conferir, proveer, encomendar, ni otras facultades, concesiones, letras é indultos cualesquiera, aunque sean concedidos, ú ofrecidos en remuneracion de trabajos y obsequios hechos á la santa sede por el emperador, reyes, duques, ú otros príncipes, aunque sean concedidos de *motu proprio*, cierta ciencia, y lleno de la potestad apostólica, y con cualesquiera causas, suspensivas, restitutivas y derogatorias, continuando con las demas cláusulas de estilo.

18 Las preces se reducen á que las iglesias, especialmente las parroquiales y otros beneficios eclesiásticos del ducado de Alba y marquesado de Coria, y de los otros sus dominios temporales, se conferian las mas veces á personas ineptas, extrangeras y no residentes, sospechosas y malévolas, de lo cual resultaban graves daños en lo espiritual y temporal á las almas; y para ocurrir á ellos, presentando personas hábiles y á propósito para el servicio de dichas iglesias y beneficios, suplicó á su santidad se dignase conceder perpetuamente á él y á sus sucesores en dichos sus estados el patronato y derecho de presentar las canongías, prebendas, dignidades y beneficios eclesiásticos existentes en los territorios del referido ducado y marquesado; y su santidad se dignó condescender con dicha súplica.

19 San Pio V por otra bula expedida á 10 de Diciembre de 1568, en la cual inserta la anterior de Pio IV, la confirma en todo y por todo, ratificando y á mayor abundamiento haciendo de nuevo la misma gracia del derecho de patronato y presentacion, con las mismas expresiones y gracias que explican la intencion y gran deseo de su santidad de premiar los insignes y notables servicios hechos en defensa de la santa fe católica y de la santa sede apostólica por los progenitores del mismo duque Don Fernando, y especialmente por este, que refiere y expresa por menor San Pio V, reducido á que en la guerra que el señor emperador Carlos V tuvo contra los turcos en Hungría, cuyo ejército mandaba el duque, se portó con tanto valor que queriendo expugnar los turcos la ciudad de Viena, con el fin de ocuparla, como lo intentaban, puso al ejército de estos en fuga, librando á aquella ciudad de que la ocupasen estos enemigos de la fe católica, y se apoderasen de gran número de cristianos que en ella habia: que en la guerra sajónica, que el mismo señor emperador tuvo con los príncipes hereges, que intentaron introducir en el cristianismo de Alemania la secta de Lutero, salió el gran duque de Alba superior y victorioso: que lo mismo hizo

en la guerra que el señor Felipe II tuvo en los Paises Bajos de Flandes y en otras provincias vecinas contra los hereges, ganándoles batallas y derrotando sus ejércitos; y por cuanto aun duraban allí, esperaba san Pio V que expugnaria y debelaria los hereges de aquellas provincias. En consideracion á tan apreciables servicios, que estimó la santa sede ejecutados en su obsequio y de la santa fe católica, dice que tenia noticia de que Pio IV, su antecesor habia concedido al gran duque de Alba y á sus sucesores en los dos estados de Alba y de Coria un indulto que inserta á la letra, procediendo *motu proprio* á ratificarlo, exornándolo con cláusulas mas expresivas, segun se han referido, con dos declaraciones ó restricciones del de Pio IV., que son las siguientes: una que reserva á los ordinarios la provision de las canongías que vacaren en sus cuatro meses; y otra respectiva á las alternativas que podrian conceder en lo sucesivo los papas.

20 Por otra bula del año de 1577, declaró el papa Gregorio XIII, y concedió de nuevo á mayor abundamiento al duque Don Fernando el derecho de presentar el deanato de la catedral de Coria, que es la primera silla *post Pontificalem*, siempre y cuando vacare fuera de la curia romana, con expresion de que lo pudiesen presentar el duque y sus sucesores libremente, en conformidad de las anteriores concesiones de Pio IV y san Pio V.

21 En vista de las tres bulas ennunciadas, que en lo substancial quedan referidas, se resumirán los fundamentos de la pretension del duque de Alba por el órden siguiente. El patronato y derecho de presentar es una gracia, es un beneficio, y es al fin una donacion que salió de la boca y aun de lo íntimo del corazon de los tres papas expresados; y por solo este respecto debe ser entendida con la mayor amplitud en su extension y duracion: *capit.* 16. *ext. de Regul. Jur. in Sext.* ibi: *Decet concessum à Principe beneficium esse mansurum.* La *ley* 1. *tit.* 10. *lib.* 5. *de la Recop.*; hablando de las donaciones, que hacen los reyes, de villas, lugares y jurisdicciones, prohibe hacerlas á los extrangeros; y solo permite que se hagan á los naturales de estos reinos, las cuales, dice la ley, que sean válidas, y les sean guardadas para siempre en todo lo en ellas acerca de lo susodicho contenido. La *ley* 6. *del propio título y libro* está mas expresiva en toda su disposicion, que es la siguiente: «Las cosas que el Rey »diere á alguno, que no gelas pueda »quitar él, ni otro alguno sin culpa. Y »aquel á quien las diere, haga dellas lo »que quisiere, así como de las otras co»sas suyas; y si muriese sin testamen»to, ayanlas sus herederos, y no pueda »su muger demandar parte dellas; y »otrosí el marido no pueda demandar »parte de las cosas, que el Rey diere á »su muger.» *ley* 3. *ff. de Constitutionib. Principum*, ibi: *Beneficium Imperatoris, quod à divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus*: *ley* 2. *Cod. de Bonis vacantib.*: *ley* 49. *y* 51. *titul.* 18. *Part.* 3.

22 Esta permanente duracion de las mercedes y gracias de los reyes es conforme á la generosa liberalidad que deben tener y ejercitar; y seria muy contraria su revocacion, porque argüiria en ellos inconstancia y debilidad, que miran todos los derechos tan distante de la soberanía. Si esta doctrina procede, como es cierto, en las donaciones puramente graciosas, que deben todo su ser á la liberalidad de los príncipes, ¿qué será en las remuneratorias, que en el fondo contienen una verdadera obligacion, y son como contratos de cambio ó innominados, y tienen por objeto principal el bien público, que se ha logrado con los servicios hechos, ó se espera conseguir por los que se hagan á estímulos de la honra y del interes del premio? De otro modo servirian todos con desaliento, y careceria el reino de unas ventajas incomparablemente mayores que el premio que dispensa. Con estos nombres son conocidas las donaciones remuneratorias á diferencia de las graciosas; y estrechan mas la obligacion de los reyes y papas á mantenerlas y conservarlas perpetuamente; pues así como el méri-

to y sus gloriosos efectos, despues de hechos, no pueden dejar de ser perpetuamente, es muy justo que el premio, que es sombra de los servicios, guarde igual correspondencia en la existencia y en la duracion.

23 De este punto trataron largamente los autores, que en prueba de lo dicho deben consultarse, Castill. *Controv. lib.* 5. *cap.* 89. *n.* 91.: Antun. *de Donationib. Reg. lib.* 1. *prœl.* 2. *n.* 33.: Gutierr. *lib.* 2. *Pract. q.* 119.: Matienz. *in leg.* 6. *tit.* 10. *lib.* 5. *glos.* 2., con otros muchos autores que confirman la opinion referida, de que las donaciones remuneratorias no se pueden revocar por los reyes ó pontífices que las hicieron, ni por sus sucesores, quienes estan obligados por ley de justicia á mantenerlas con la misma duracion y perpetuidad que nacieron: *can.* 4. *caus.* 25. *q.* 2., ibi: *Si ea destruerem, quæ antecessores nostri statuerunt, non constructor, sed eversor esse juste comprobarer.* La *ley* 34. *titulo* 18. *Part.* 3. habla de las cartas en que el rey hace gracia ó merced á los hombres; «así como en darles he»redamientos, ó quitarlos de pecho, ó »de hueste, ó de fonsadera, ó de otras »cosas señaladas, por facerles bien, é »merced;» y continúa con la siguiente cláusula: «E decimos que tales cartas »como estas han fuerza de ley, é de»ven ser guardadas segun ley:» *ley* 51. *del prop. tit.* 18. *Part.* 3. «Fermosa »gracia es la que el Rey face por me»recimiento de servicio, que aya algu»no fecho, ó por bondad que aya en »sí aquel, á quien la gracia face.» Continúa refiriendo algunos casos, en que se verifica el servicio, igualando el que se hubiere hecho, ó los que se pudieren hacer, *ibi*: «Por servicio que »le oviese fecho, ó otros servicios que »le podria facer semejantes destos:» *ley* 6. *tit.* 10. *lib.* 5. *de la Rec.* (Ley 1. tit. 5. lib. 3. de la Nov. Recop.), *ibi*: «Las cosas que el Rey diere á alguno, »que no gelas pueda quitar él, ni otro »alguno sin culpa.» Es de notar la cláusula «ni otro alguno,» que necesariamente se contrae á sus sucesores. En los mismos términos se explica la *ley* 1. *del propio tit. y lib.* (Ley 6. tit. 5. lib. 3. de la Nov. Recop.): pues si las donaciones de que habla son válidas, y han de ser guardadas á los donatarios para siempre, ó se ha de faltar á lo que dispone esta ley, ó no se pueden revocar por los sucesores, siendo tambien de observar el principio de ella, *ibi*: «Pertenesce á los Reyes hacer gra»cia, y merced á sus naturales, y va»sallos;» en lo cual explica la propiedad que deben tener los reyes de hacer merced, especialmente en recompensa y remuneracion de grandes servicios.

24 Ningunos servicios hay mas señalados, y que obliguen mas en justicia á ser premiados, que los que se hacen en la guerra. La *ley* 51. *tit.* 18. *Part.* 3. trata en su principio de las gracias que hace el rey por merecimiento de servicio, y refiriendo los mas señalados, dice: «Así como si casa »al Rey, ó alguno de sus fijos, ó acor»riese al Rey, ó al Reyno en tiempo de »guerra, ó en otra sazon que lo ovie»sen menester, ó en alguna de las ma»neras, que decimos en el libro segun»do, que fabla de las Huestes.»

25 El libro qué aquí cita es la *Part.* 2. *tit.* 27., la cual en la *ley* 1. dice: «Gualardon es bien fecho, que »deve ser dado francamente á los que »fueren buenos en la guerra, por ra»zon de algund bien fecho señalado »que ficiesen en ella. E dévelo dar el »Rey, ó el Señor, ó el Cabdillo de la »hueste, á los que lo merescen, ó á »sus fijos, si sus padres no fueren bi»vos.» Esta ley se explica con unas palabras que manifiestan la ley de justicia que hay en los reyes y señores para premiar los buenos servicios de la guerra, *ibi*: «Deve ser dado franca»mente;» *et ibi*: «Dévelo dar el Rey.»

26 La *ley* 2. habla con mayor estension de los galardones ó premios que se deben dar á los que hacen servicios señalados en la guerra, y distingue entre estos, «los que son bien »acabdillados, é facen los grandes fe»chos por sí mesmos; é non por miedo »de pena, ni por cobdicia de gualar»don que esperen aver; mas por facer »lo mejor, por bondad que han en sí »naturalmente.»

27 Continúa la ley, y refiere dos causas que mueven á «gualardonar los »buenos fechos,» *ibi*: «Muéstrase por »conoscido el que los face, otrosí por »justiciero. Ca la justicia non es tan »solamente en escarmentar los males, »mas aun en dar gualardon por los »bienes.»

28 Pues si el rey es conocido por justiciero cuando premia los servicios de sus naturales y vasallos, y es igual la justicia tanto en hacer estas gracias como en castigar los delitos, ¿quién podrá dudar de la permanencia y duracion perpétua de las mercedes y gracias, que se hacen en recompensa de señalados servicios, y que se aseguran en el poderoso título de justicia?

29 La *ley* 3. *tit.* 1. *Part.* 1. habla del premio y del castigo, y concluye con la siguiente cláusula: «E con es»tas dos cosas se endereza el mundo, »faciendo bien á los que bien facen, é »dando pena, é escarmiento á los que »lo merescen.» Aquí se vuelven á poner en igualdad el premio y el castigo, y se hacen igualmente necesarios para el gobierno del mundo; y siendo tan de justicia castigar al delincuente, procede del propio título premiar al que obra bien en servicio del rey y del estado.

30 Pruébase con evidencia la obligacion que tienen los reyes de mantener las gracias que hacen, y la que incumbe á sus sucesores de no poder revocarlas, con la sola consideracion de que se hacen á nombre de la dignidad real ó de la pontificia, y todos los que la poseen vienen á ser por esta representacion una misma persona. Así se explican los autores, señaladamente el señor Castillo, que recogió otros muchos en el *lib.* 5. *de sus Controversias*, *cap.* 89. *n.* 91. *Nec revocari potest donatio hæc ob benemerita, et servitia facta, vel à principe concedente, vel ab ejus successoribus.*

31 La Iglesia á manifestado en todos tiempos el generoso espíritu de premiar los servicios que se hacen en su obsequio y proteccion, aun por los mismos ministros que la sirven. Los prelados concedieron gran parte de los diezmos á los grandes señores y á otras personas que habian defendido y libertado las iglesias de las opresiones y tiranías que en otros tiempos padecian, para que los gozasen con un título perpétuo de feudo irrevocable, de que hay en España muchos ejemplares autorizados por los tribunales reales, probándolo los interesados con título auténtico ó con inmemorial. De estos sucesos, y del uso anterior al concilio Lateranense III, trató largamente el señor Covarrubias *Var. lib.* 1. *cap.* 17. *desde el n.* 5., concluyendo por toda la série de la historia que la prohibicion posterior del papa Alejandro III con respecto á los obispos no ligó las manos á los papas para hacer iguales donaciones perpétuas en casos semejantes, de lo cual informa tambien el mismo señor Covarrubias en el lugar citado, y el cardenal de Luca, *p.* 3. *de Decim. disc.* 6. *n.* 19.: Gutierr. *Pract. lib.* 1. *q.* 14. 15. *y* 16., y consta del *capítulo* 2. §. 4. *de Decim. in Sext.*, ibi: *Illas autem decimas intelligimus posse taliter à religiosis de manibus laicorum recipi, vel acquiri, quæ ante Lateranense concilium ipsis laicis in feudum perpetuo fuere concessæ.* Mas abiertamente se colige de la *ley* 1. *título* 5. *lib.* 1. *de la Recop.*, y de la 1. *tit.* 21. *lib.* 9., que habla de las tercias reales y de los diezmos que llevan otras personas particulares por privilegios apostólicos; sobre cuyo punto y acerca de su permanencia recogió el señor Castillo, *lib.* 6. *de Tertiis cap.* 12. todas las autoridades que pueden desearse.

32 El concilio celebrado en Mérida, año de 666, *tom.* 3. *colec. de Harduino*, *pag.* 1003. *can.* 13., dice lo siguiente: *Ob hoc ergo sancto huic placuit Concilio, ut quemcumque episcopus ad bonum profectum viderit crescere, per bonam intentionem venerandi, amandi et honorandi, atque de rebus ecclesiæ, quod voluerit, illi largiendi habeat potestatem: hæc enim causa, et majoribus majorem præstat gratiam, et minores excitat, ut ad melius tendant.*

33 Con igual fin de premiar el servicio que hacen á la Iglesia los que á sus expensas las erigen, dotan y fundan, se les concede el patronato con la

prerogativa de nombrar persona grata que sirva en ella, y de gozar otros honores, intereses y preeminencias, de que hablan los cánones y las leyes, sin permitir que en tiempo alguno se deroguen ni disminuyan: *Concilio Toledano IX, can.* 2. *año de* 655.: *can.* 32. *caus.* 16. *q.* 7.: *Trident. ses.* 25. *de Reformat. cap.* 9.: *leyes* 1. *y* 15. *tit.* 15. *Part.* 1.: Thomasin. *de Benef. p.* 2. *libro* 1. *cap.* 30. *n.* 17.: Van-Spen. *in Jus Eccles. Univers. tom.* 2. *p.* 2. *tit.* 25. *de Jur. Patronat.*

34 Con presencia de las autoridades, y doctrinas referidas esforzaria el duque de Alba la defensa de sus derechos, demostrando la legitimidad de su adquisicion por el título de donacion, cualificada con la recomendacion de ser remuneratoria de tan altos y grandes servicios hechos á la santa fé católica y á la santa sede: de los cuales no es lícito dudar, pues lo asegura con su testimonio el papa S. Pio V, y los refiere con toda extension en su citada bula de 10 de Diciembre de 1568; y segun las leyes que se han referido, son los mas señalados que de justicia deben premiarse con perpetuidad, como así lo quisieron y expresaron igualmente los sumos pontífices en lo general de sus constituciones, y en lo particular de las enunciadas bulas, sin que hasta ahora hayan revocado dichos indultos, ni podido revocar en todo ni en parte, ni por la general disposicion del santo Concilio de Trento en el citado *cap.* 9. *ses.* 25. *de Reformat.*, ni por el concordato del año de 1753.

35 Estos serian los dos puntos capitales que tomarian por objeto los defensores del Duque: reconocerian con verdad y de buena fe que su patronato y el derecho á presentar las dignidades y canongías de la iglesia catedral de Coria, y los beneficios existentes en los territorios del ducado de Alba y marquesado de Coria, no procedia de ereccion, fundacion ó dotacion de sus iglesias, porque nada expendieron los duques de su patrimonio en estos fines; puesto que estaban anteriormente erigidos á expensas de los reyes de España, ó de los mismos frutos decimales pertenecientes á las iglesias, obispos y clero; y acaso entrarian en esta contribucion las personas seculares, por el órden que prescribe el santo Concilio de Trento en el *cap.* 7. *ses.* 21. *de Reformat.*

36 Confesarian tambien los enunciados defensores, pues debian reconocerlo así, que el mismo concilio de Trento, atendiendo al bien universal de la Iglesia, que es la causa mas alta y poderosa para revocar ó enmendar las anteriores constituciones de ella, declaró y señaló por causas y títulos precisos de adquirir y retener el patronato de las iglesias y de sus beneficios los de fundacion y dotacion; y no conteniéndose en estas positivas y claras expresiones, que debian entenderse en su propia y natural significacion, segun la *ley* 5. *tit.* 33. *Part.* 7. y la 69. *ff. de Legat. tertio*, con lo que en el asunto recogió Vela *en la disert.* 49. *n.* 52. procede, para no dejar lugar á la duda ni á la interpretacion, á derogar y dejar irritos enteramente todos los demas patronatos, con la cuasi posesion que en su virtud hubiesen tenido.

37 Los ministros, que votaron en el expediente de que se va tratando, reconocieron y confesaron que la decision del santo Concilio de Trento era el fundamento mas poderoso que eludia las intenciones de los indultarios, y conciliaba firmemente el derecho de S. M. en todas las enunciadas iglesias, y que venian libres en el concepto del santo Concilio desde el dia de su publicacion.

38 No podian menos los defensores de los indultarios de reconocer la fuerza de la autoridad y de la razon en la letra del citado *cap.* 9. *ses.* 25.; y así tomarian el medio de internarse en el espíritu y fin, á que dirigia el santo Concilio la reduccion del patronato á los dos títulos de fundacion y dotacion, excluyendo todos los demas, ya sea por no presumirse legítima adquisicion en su orígen, ó ya por no abrir la puerta á las apariencias que en las cosas antiguas mudan facilmente la verdad y la justicia. El duque opondria y responderia á esto que la deci-

sion del Concilio, y la causa y razon que la motiva, no comprende ni puede extenderse sin violencia á derogar los altos títulos de su casa, que son superiores á los de fundacion y dotacion, y aprobados con instrumentos auténticos, que han tenido cumplido efecto desde el tiempo mismo que se celebró el santo Concilio, en el de su publicacion, y en el de mas de doscientos años que ocurrieron despues, sin intermision en la inteligencia y observancia de sus breves.

39 Estas son las partes y los recursos á que se acogeria el duque, y podria fundarlos por su órden con las reflexiones siguientes: primera que el mérito y servicio de la fundacion y dotacion se reduce al precio y valor de los intereses, bienes y dinero, con que se edifican y dotan las iglesias, dándolas por este medio su existencia y conservacion; y á esto correspondió la Iglesia con la gratitud de permitirles el honroso título de patronos, y el derecho á presentar los enunciados beneficios, con las demas prerogativas que igualmente les estan acordadas, y se les mantienen por obligacion de justicia tan exactamente, que no toleran las leyes su derogacion, ni la menor qüiebra en los derechos del patrono lego.

40 El duque de Alba no expendió bienes ni dinero en construir, fundar y dotar las iglesias de sus estados de Alba y de Coria; pero el precio de sus servicios fué de sangre, de vida y de valor, pues que se expuso á gran riesgo de perderlo todo en defensa de la santa fe católica y de la santa sede, impidiendo con su esfuerzo, y con el del ejército que mandaba, que se profanasen las iglesias por los enemigos de la fe, que se perdiese un gran número de cristianos, y que llegase el orgullo de los hereges al extremo de atropellar y profanar el nombre de Jesucristo en otras muchas provincias. Cotéjense pues los dos servicios enunciados, y se conocerá con evidencia el incomparable mayor valor de este último respecto del de fundacion y dotacion: porque si éste hizo existir las iglesias, el del duque las mantuvo, y las redimió de la ruina que las amenazaba con la irrupcion de sus enemigos; y recomendando tan altamente todos los derechos el que adquiere aquel que hace conservar á sus expensas los bienes y las posesiones, con preferencia á los antiguos acreedores, se convence tambien por esta consideracion que el servicio que hizo el duque á la Iglesia y á la santa sede, en las ocasiones que refiere el breve de san Pio V, y el que esperaba que repitiese y continuase, inclinaron con superior razon, y aun con obligacion de justicia, á la santa sede á que se mostrase reconocida, dándole una señal de honor en el patronato y presentacion, limitados á los beneficios eclesiásticos existentes en las iglesias de los territorios temporales de los estados de Alba y de Coria. Pues si este título de adquirir es superior por todos respectos al de fundar y dotar, y queda éste reservado en el santo Concilio de Trento, y defendido por todas las leyes del reino, ¿cómo se ha de imaginar que intentasen los papas derogar el del duque ni otros semejantes, irrogando á la Iglesia una nota de ingratitud y de inconsecuencia en premiar con perpetuidad los servicios pequeños, y revocar ó aniquilar la recompensa de los mayores?

41 La *ley* 18. *tit.* 5. *Part.* 1. ofrece materia sólida á este pensamiento y discurso, pues refiere en su principio las grandes prerogativas, que por antigua costumbre de España gozaban los reyes en la eleccion de los obispos, y en la ocupacion y conservacion de las rentas y bienes de las iglesias catedrales vacantes; y resumiendo al fin los títulos que justifican esta preeminencia, los distribuye en tres, que son los mismos en que siempre han fundado el patronato universal de todas las iglesias de sus reinos, *ibi*: «La primera, »porque ganaron las tierras de los Mo»ros, é ficieron las Mezquitas Eglesias; »é echaron de y el nome de Mahoma; »é metieron y el nome de nuestro Se»ñor Jesuchristo. La segunda, porque »las fundaron de nuevo en logares don»de nunca las ovo. La tercera, por»que las dotaron, é demas les ficieron »mucho bien.»

42 ¿Pues qué diferencia esencial puede haber entre ganarlas de los moros, y meter en ellas el nombre de nuestro Señor Jesucristo, ó defenderlas de los enemigos de la religion, mantenerlas y conservarlas sin daño ni mengua? A la verdad que es mas llena esta defensa, que la que podria hacerse despues que las hubiesen ocupado y destruido; y si aquel título de ganarlas de los moros es por la ley de mayor preeminencia respecto de los de dotacion y fundacion, bien puede ocupar el mismo lugar preferente el servicio que hizo el duque de Alba en conservarlas, deteniendo y destruyendo á sus enemigos.

43 Las leyes y todos los establecimientos generales se dirigen á promover el bien, ó á impedir el mal en los casos que ocurren con frecuencia, sin que vengan en la intencion de los legisladores aquellos casos que rara vez suceden. Este es un principio que hace regla en la materia. Fundar y dotar iglesias es medio comun, y por lo mismo se hace mérito de este servicio para gratificarlo con el patronato; pero ganar las iglesias ó defenderlas con las armas, con el valor y con la industria, á costa de la sangre y de la vida de un famoso general como el duque de Alba, se ve rara vez, y es consiguiente que así como no se hace memoria en las leyes generales de este modo de adquirir el patronato, tampoco se haga de perderlo.

44 La observancia, que nace y se continúa desde el principio de la ley, es el intérprete mas fiel que declara su verdadera inteligencia, de la cual no es lícito apartarse, mayormente cuando el tiempo es largo, y la ha confirmado muchas veces la autoridad de los tribunales: *ley* 6. *tit.* 2. *Part.* 1. *ibi*: «Que »ansi como acostumbraron los otros de »la entender, ansi deve ser entendida, »é guardada:» *ley* 23. 37. *y* 38. *ff. de Legib.* El duque de Alba continuó sin intermision, presentando las canongías, dignidades y beneficios de las iglesias existentes en los dos mayorazgos de Alba y de Coria; y fueron defendidos y mantenidos sus derechos por los obispos y por los tribunales reales, y lo que es mas por la misma silla apostólica en la bula expedida por el papa Gregorio XIII año de 1577, que es posterior á la publicacion del santo Concilio de Trento, habiendo su santidad declarado en ella que el duque y sus sucesores pudiesen presentar libremente el deanato primera silla *post Pontificalem* de la catedral de Coria, en conformidad de las anteriores concesiones de Pio IV y san Pio V; y considerando existente el indulto en este particular y en todos los demas que contiene la citada bula de san Pio V, es una demostracion de haber entendido Gregorio XIII que el decreto del santo Concilio en el *capitul.* 9. *ses.* 25. *de Reform.* no hirió, ni comprendió el patronato del duque; y así persuadido éste de haber allanado las dificultades que se deducian de la enunciada disposicion del santo Concilio, pasaria con mas vigor á examinar y remover las que por último se suscitaron en el concordato del año de 1753.

45 En todo el contesto del citado concordato no se halla disposicion que anule, revoque ó intente hacer la menor novedad en los beneficios de patronato laical, antes bien los mantiene en todo el vigor de sus presentaciones en cualquiera tiempo y casos de la vacante, conforme al capítulo 2. del concordato, que dice al fin lo siguiente: «Ni »tampoco se innove nada en órden á »los Beneficios de Patronato laycal de »particulares;» y haciendo reflexion á que en las bulas citadas se estima y declara con todos los efectos de patronato laical el concedido al duque de Alba, para presentar los beneficios que vacaren en los ocho meses apostólicos, en las iglesias de los territorios de los dos mayorazgos de Alba y de Coria, persuadiria el duque que lejos de estar derogados sus derechos, estaban preservados expresamente por la calidad de laicales.

46 Diria tambien el mismo duque que aunque se les diese el título de patronato eclesiástico por el orígen de su adquisicion, tampoco debian considerarse derogados, pues no lo estaban, ni se comprendieron en las reservas apostólicas repetidas posteriormente á

la donacion y declaracion que hizo la santa sede en las citadas bulas de Pio IV, san Pio V y Gregorio XIII, teniendo siempre mucha atencion á mantener ilesos estos derechos por las causas que los motivaron, y por las expresiones que contienen. Así lo entendieron los autores examinando este punto, señaladamente en el patronato concedido á la casa del marques de Astorga y á la del duque de Alba, de los cuales hace especial mérito, con las decisiones de la rota, Gonzalez *sobre la regla* 8. *de la cancelaría*, *glos.* 18. *desde el num.* 93. *al* 96., ibi: *Tamen quandiu in privilegio sunt amplissima verba continentia quod tale jus patronatus habetur perinde, ac si ex vera dotatione et fundatione competeret, et quod nisi de toto tenore, et dum præsentium plena, specifica, et individua et expressa, ac de verbo ad verbum, non per clausulas generales idem importantes, mentio fiat, et privilegiati ad id accedat, consensus, derogari non possit, nec derogatum censeatur: tunc non intrabit dicta reservatio, ut fuit resolutum in una Astoriensis Archidiaconatus, decimo nono Martii* 1576. Refiere el mismo autor otras resoluciones mas antiguas en iguales casos, y da la razon, ibi: *Et ratio assignatur per dictas decisiones, quia in hoc casu consideratur jus patronatus, tamquam ex mera fundatione et dotatione, et cessat dicta reservatio ex defectu voluntatis ac intentionis Papæ, ex quo in regula reservatoria non fit talis derogatio, et de consensu privilegiati, prout in tenore privilegii exprimitur.* Concluye Gonzalez al num. 96. con el ejemplo del duque de Alba, y se explica en los términos siguientes: *Sicut etiam præservatur aliud simile indultum, concessum à Pio V duci de Alba ad præsentandum certa beneficia vacantia in mensibus apostolicis*: Rot. *decis.* 442. *per totam part.* 1. *diversor.*

47 Con mayor expresion, y en términos idénticos á los del indulto del duque de Alba, habla Juan Riganti en la *part.* 1. *regla* 9. *de la cancelar.* §. 2. *n.* 352. *y siguientes*, refiriendo en este lugar otros muchos autores que confirman la doctrina que se ha indicado; esto es, que el patronato adquirido por causa onerosa de recobrar y reconquistar las iglesias que estaban en poder de los enemigos de la santa fe católica, impedir y defender que llegasen á ocuparlas, es preferente al que se adquiere por fundacion y dotacion de las mismas iglesias, sin que puedan comprenderse en las reservas ó revocaciones, ya se intenten hacer por constituciones ó concordatos particulares, ó ya por ley general, por ser aquellos patronatos de rigurosa justicia, supuesta la concesion de la santa sede, como lo son los que proceden de fundacion y dotacion; y con tan sólidos fundamentos respondió el mismo Riganti á favor del patronato concedido al conde de Cabra.

48 Pues si en el concepto y decision de la rota y en la opinion de estos graves autores no se entiende derogado este derecho de patronato, sino se observa la forma y tenor prescripto en su privilegio; y aun en estas circunstancias no se daria curso á la derogacion de tales patronatos laicales, ¿cómo podrá deducirse que llegó la voluntad del papa al término de su derogacion, por la cláusula general del concordato que contiene el capítulo quinto, y expresa igualmente la constitucion apostólica, en las palabras «indultarios, é »indultos apostólicos?»

49 Añadiria tambien el duque que no se halla ni una expresion general ni enunciativa que suene á revocacion ó derogacion del derecho y patronato, que tenian y poseian los patronos legos, y de que usaban por sus propias personas, aunque debiesen esta gracia en su orígen á la santa sede, pues únicamente dice lo siguiente: «Y á mayor abundamiento, en el derecho que »tenia la santa sede por razon de las »reservas, de conferir en los Reynos de »las Españas los Beneficios, ó por sí, ó »por medio de la Dataría, Cancillería »Apostólica, Nuncios de España, ó »Indultarios, subroga á la Magestad »del Rey Católico, y Reyes sus Suce»sores, dándoles el derecho universal »de presentar á los dichos Beneficios »en los Reynos de las Españas.» Por aquí se ve claramente que el concor-

dato no contiene expresa derogacion particular ni general de los patronatos ó derechos de presentar que tenian los legos por gracia ó indulto de la santa sede; y si se quiere deducir de la palabra ó del espíritu de la subrogacion, parece que resiste esta ampliacion y extension, y que con mayor propiedad debia limitarse, segun el tenor de la cláusula del concordato, á los beneficios que por razon de la reserva conferia la santa sede por sí ó por medio de la dataría, cancelaría apostólica, nuncios de España é indultarios; de manera que al parecer no basta que fuesen indultarios los que presentaban los beneficios, sino se unia la circunstancia de hacerlo á nombre de la santa sede; y esto pedia otra nueva deduccion, supuesto que el duque de Alba presentaba por sí y en uso de su derecho, y no lo hacia la santa sede por medio del duque. Auméntase mas la fuerza de esta consideracion, haciéndolo sobre la palabra «conferir» de que usa su santidad en dicha subrogacion, que es muy diferente de la de «presentar» y esta diversidad argüye que fue limitada á los indultarios que por su dignidad conferian los beneficios á nombre del papa, que es lo mismo que conferirlos su santidad por medio de dichos indultarios.

50 Demuéstrase mas este pensamiento por la cláusula ó disposicion final del citado capítulo 5. del concordato, *ibi*: «No deviéndose en lo futu»ro conceder á ningun Nuncio Apos»tólico en España, ni á ningun Carde»nal, ú Obispo en España, Indulto de »conferir Beneficios en los meses Apos»tólicos, sin el expreso permiso de »S. M., ó de sus Sucesores.»

51 Pues si esta cláusula, que mira á lo futuro, habla solamente de las personas constituidas en dignidad eclesiástica, á quienes promete su santidad no conceder indulto de conferir beneficios en los meses apostólicos, ¿qué argumento puede haber mas poderoso para inferir que en la cláusula anterior comprendió únicamente, en la palabra «indultarios,» las personas que los obtenian por sus dignidades; esto es, los nuncios, cardenales y obispos de España?

52 La razon de diferencia se descubre á primera vista, y consiste en que estos indultarios lo son por pura gracia de la santa sede, y en que su derecho es personal y expuesto por la debilidad de su orígen á mas facil revocacion, lo que no sucede en los agraciados por causas onerosas; pues aunque se haga supuesto de no poder pedir con accion de rigurosa justicia que se compensen ó paguen los servicios hechos á la santa sede; pero luego que resuelve satisfacerlos, llenando la obligacion natural que excita á ejecutarlo, de donde resulta tanto bien en general á la Iglesia, ya entonces pierde el principio de obligacion natural, y pasa á ser de rigurosa justicia su duracion y permanencia. Pruébase esta verdad, sobre las doctrinas que se han referido, por lo que disponen las leyes de los romanos en casos de pura obligacion natural, que no produce accion eficaz á favor del acreedor; pero si se le pagase ó entregase la cosa, puede retenerla en justicia, sin que se le obligue á restituirla, segun las distinciones que hizo Vinnio *en su comentario, al* §. 2. *de Obligat. n.* 5. *y siguientes.*

53 Acaso observaria el duque la diferencia de palabras que contienen el capítulo 2. del concordato y la constitucion apostólica de su confirmacion, pues aquel dice: «Ni que tampoco se »innove nada en órden á los Beneficios »de Patronato laycal de particulares;» sin distinguir que procedan de dotacion y fundacion, ó de otras causas iguales ó superiores á las ya indicadas en este discurso; y siendo dicho concordato la ley fundamental acordada entre las dos altas potestades, no era justo distinguir ni variar la menor expresion de su contesto; pero en la citada constitucion se dice: «Y asimis»mo, que no se innove nada en quanto »á los Beneficios, que existen de dere»cho de Patronato de laycos de perso»nas particulares, por fundacion ó do»tacion.» Y si estas dos últimas palabras añaden alguna nueva disposicion á la del concordato, deberia estárse

por este; y si explican ó declaran lo que se contenia en él, deben entenderse con respecto á los casos comunes de adquirirse el patronato por los dos enunciados títulos de fundacion y dotacion, pero sin que se extiendan á excluir otros superiores ó iguales.

54 Por último podrian concluir su defensa los indultarios, reflexionando que cuando sus razones ó fundamentos no demostrasen á su favor la genuina inteligencia del concordato, lo dejaban á lo menos en oscuridad por no estar revocados en su letra los citados privilegios apostólicos; y cuando la ley no es clara, debe interpretarse la duda «contra aquel que dixo la palabra, ó el pleyto escuramente,» con arreglo á la *ley* 2. *tit.* 33. *Part.* 7. y á la 39. *ff. de Pactis.*

55 La ejecucion y cumplimiento de los privilegios apostólicos confirman con un solo acto la verdad de las preces, por ser una condicion ínsita naturalmente en los mismos privilegios; y habiendo expuesto el duque en el de Pio IV las malas calidades de los ministros que servian las iglesias de sus estados de Alba y de Coria, y que esperaba se mejorase esta importante provision con las presentaciones suyas y de sus sucesores, se comprueba haberse logrado este fin, pues estaban sujetas al exámen y aprobacion de los ordinarios; y cuando estos hubiesen deseado que el exámen para los beneficios curados se hiciese en concurso, eligiendo el duque uno de los aprobados, conforme á la letra y al espíritu del santo Concilio de Trento en el citado *cap.* 9. *ses.* 25. *de Reformat.*, y á lo que se dispone en el concordato, es de esperar que no reclamasen este medio, porque se dirigia al mejor servicio de la Iglesia, dejándole salvo el derecho de su presentacion.

56 He reunido en la primera parte de este discurso no solo los fundamentos que expusieron los tres indultarios en el expediente referido, sino tambien los que me han parecido conducentes, para que la satisfaccion, de que se tratará en la segunda parte, llene mas el objeto en lo general de los indultarios, y se pueda proceder sin el menor recelo, con toda la seguridad de justicia, á recobrar á favor de la corona los enunciados beneficios que ellos presenten.

57 La *regla* 9. *de la cancelaría* reservó á la provision y libre disposicion de su santidad todos los beneficios eclesiásticos curados y sin cura, seculares ó regulares, de cualquier órden, y de cualquiera modo cualificados, que perteneciendo hasta entonces á la colacion, provision, presentacion, eleccion, ó á otra disposicion de los coladores ó colatrices seculares y regulares, vacasen fuera de la curia romana, y por cualquiera modo ó causa, no siendo por resignacion, en los ocho meses de Enero, Febrero, Abril, Mayo, Julio, Agosto, Octubre y Noviembre.

58 Que esta regla sea general, y comprendiese todos los beneficios eclesiásticos, se demuestra por la letra de la misma constitucion, y se confirma por las excepciones y limitaciones taxativas que señala. Lo primero se manifiesta por aquella cláusula universal: *Omnia beneficia ecclesiastica cum cura, et sine cura, secularia, et quorumvis ordinum regularia, qualitercumque qualificata, et ubicumque existentia*; y por la que se repite al fin de su disposicion ibi: *Quomodolibet pertinentia, dispositioni suæ generaliter reservavit.*

59 Para remover las dudas y escrupulosas cuestiones, que podian excitar los que al tiempo de la publicacion de dicha regla se hallaban en posesion pacífica de proveer, elegir, presentar y disponer de algunos beneficios por privilegios ó indultos apostólicos, queriendo pretender que no se comprendian en la regla, y que debian continuar sin embargo de ella en el uso y posesion de sus derechos y facultades, se declaró abiertamente que la regla se extendia y comprendia en su reserva los enunciados beneficios y todas las personas y colegios, de cualquiera dignidad, estado, grado, órden y condicion que fuesen, y de cualquiera modo que les hubiesen sido concedidos los privilegios ó indultos, aunque sus cláusulas fueran las mas fuertes y eficaces, derogatorias y no usa-

das, y constando la generalidad de esta reserva real con respecto á todos los beneficios, y la personal en consideracion á los indultarios y privilegiados, procede á señalar las particulares excepciones, que es la segunda prueba del concepto y pensamiento indicado, en las cuales incluye la facultad ó indulto de los cardenales, y los adquiridos por convencion ó concordato aceptado y observado entre la silla apostólica y los indultarios.

60 La enunciada reserva, y el derecho y facultad que por ella adquirió el papa, de proveer los beneficios eclesiásticos que perteneciesen á la provision ó colacion libre de los ordinarios, y vacasen en los ocho meses referidos, fué siempre y desde sus principios temporal, y pendiente del arbitrio y voluntad del papa, autor de la misma constitucion; y no quiso que durasen mas sus efectos que su propia voluntad, sino que extinguida por la muerte ó por su mutacion, caducase en aquel momento el derecho y facultad de la reserva, y volviese al antiguo estado que tenia antes de hacerla. Por todos estos medios se convence que la reserva y sus efectos fueron desde su origen temporales, y nacieron con la debil condicion de morir con la voluntad del papa, que es lo que naturalmente explican estas palabras, *usque ad suæ voluntatis beneplacitum*, consideradas en el *cap. 5. de Rescriptis in Sext.*, con discrecion de las que se dirigen á la voluntad y beneplácito de la silla apostólica, que es permanente y no muere con la persona, notándose por consecuencia necesaria que el derecho y facultad de proveer los beneficios vacantes fuera de la curia en los ocho meses expresados muere por sí mismo sin necesidad de revocacion, y con esta propia condicion, los puede conceder y trasladar el papa á otras personas eclesiásticas ó seculares, en conformidad á la regla de que ninguno puede prestar á otro mas derecho del que tiene; y á la otra que dispone que, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

61 Pues si el papa, por efecto de la enunciada *regl. 9. de la cancelaría*, solamente tenia un derecho temporal, que se habia de resolver y disipar en el último momento de su vida, tambien los agraciados por cualquiera causa ó título recibieron la facultad de presentar ó proveer estos beneficios con la misma condicion de temporal y resoluble, y no de perpétua; y si estos derechos caducaban en el principal, que era el papa, con mayor razon debian sufrir la misma suerte sus mandatarios y agraciados.

62 Pruébanse todas las partes de la proposicion antecedente, no solo en la letra de la regla 9. que se ha referido, sino tambien en lo general de todas las de cancelaría, como se expresa en el proemio del papa Clemente XII por estas palabras: *Reservationes, constitutiones, et regulas infrascriptas fecit, quas etiam ex tunc, licet nondum publicatas, et suo tempore duraturas, observari voluit*; debiéndose notar que el valor de estas palabras empieza desde aquel punto, *ex tunc*, suponiendo que lo habian perdido con la muerte del predecesor, y asegurando que debia suceder lo mismo con la de su autor, pues salian con la propia duracion, ibi: *Suo tempore duraturas.* Así lo entienden y explican con entera uniformidad todos los que escriben de esta materia, de los cuales hace memoria Riganti *en el proemio á las reglas de cancelaría, n. 66. y siguientes*, y *en el comentario á la 9. n. 11. y 12.*: Gonz. *á la regl. 9. de la cancel. n. 1. y siguientes.*

63 El mismo Riganti, tratando de la primera parte de la regla 9. en el §. 3., distingue al núm. 47. las fórmulas de los indultos, y asegura que en los antiguos usaban los indultarios de su propio derecho y autoridad: porque solo tenian el efecto de remover el embarazo de las reservas, bien que esto se entiende cuando se concedian á los obispos y coladores, que por derecho comun podian proveer los beneficios en cualquiera mes que vacasen; pero que los indultos que llama modernos, aunque se concedan á los mismos obispos y coladores, y á cualquiera otra persona, no extinguen, remueven, ni suspenden el efecto de las reservas, pues se mantienen originalmente en el papa; y así los indultarios usan de aquellas facul-

tades, presentando y proveyendo los beneficios comprendidos en dichas reservas, como delegados y mandatarios del papa, y á su nombre y representacion. Esto mismo convence mas claramente ser uno mismo el derecho y facultad de los indultarios, que el que se radicó y mantiene en el papa por efecto de las reservas, y que de consiguiente ha de ser juzgado con la misma calidad de temporal, limitado y resoluble con la muerte del papa. Las palabras de este grave autor son las mas claras y expresivas, y no es justo defraudar su inteligencia y mérito: *Secus tamen dicendum est in indultis modernis, quæ non tollunt obicem reservationum, sed illis suppositis in suo esse, verbis expressis augent facultatem indultariis, nominatim illis impertiendo quod vigore ipsius indulti possint conferre beneficia reservata Papæ; ideoque dicitur illa conferre auctoritate sibi delegata per summum Pontificem, suaque reservatio inducta in favorem Papæ, conservatur in persona indultarii, tamquam repræsentantis ipsum Papam, et peculiari illius jure, non suo proprio conferat*: Garc. *de Benef. p.* 5. *cap.* 1. *n.* 628.: Loter. *de Re benefic. lib.* 2. *q.* 21. *n.* 17. 24. *y* 25.

64 No puede hablar con mayor claridad este grave autor, y los que le han seguido con entera uniformidad en este artículo, convenciendo con una demostracion sólida la precisa resolucion y caducidad de las facultades y privilegios concedidos por los papas, para nombrar ó presentar los beneficios y dignidades que vacasen en los ocho meses apostólicos y casos de las reservas generales y especiales: porque siendo el ejercicio de estos presenteros efecto siempre dependiente del derecho, que por las reservas competia al papa para hacer los enunciados nombramientos, es imposible que extinguiéndose lo principal con la muerte de éste, se mantuviese lo accesorio y dependiente en sus mandatarios ó delegados.

65 El santo Concilio de Trento en el *cap.* 9. *ses.* 25. *de Reformat.* explica con maravillosa claridad todas las partes de este artículo: en la principal establece la regla de que solamente queden y se reconozcan por patronos los que hubiesen fundado y dotado iglesias con sus propios bienes, y en esta clase se consideran cuando se fundan y dotan con bienes suyos, ú otros pertenecientes á las mismas iglesias, con la sola diferencia que los unos serán patronatos laicales y los otros eclesiásticos. Pasa despues el concilio á referir otros patronatos que no proceden de las dos causas indicadas, probadas por los medios y con el rigor que el mismo señala; y en esto supone y reconoce que se usaba de otros patronatos, ya precediesen de privilegio, ó bien de otras causas diversas de las dos expresadas; y supone tambien que la presentacion de los beneficios no es limitada al patronato, ni lo prueba por sí sola, porque puede hacerse en uso de la facultad ó privilegio concedido por los obispos ó por los papas. Esta diferencia, que advierten los autores, tiene grande influencia en la facilidad de que caduquen las facultades y privilegios de presentar: porque se hace uso de ellas á nombre del principal que las concede, sin desprenderse este del derecho y título originario que retiene, como sucede en los usufructuarios y tambien en los poseedores de mayorazgo.

66 Los usufructuarios adquieren un derecho personalísimo, que se llama con mas propiedad facultad ó potestad de percibir los frutos de la cosa agena, subsistiendo la propiedad en el dueño de ella; y aunque no pueden ceder á persona extraña el mismo derecho que adquirieron, no les es prohibido desprenderse de la facultad de percibir los frutos, cediéndola ó enagenándola por venta ó arrendamiento, y el comprador ó arrendatario usan y llevan aquellos frutos á nombre y en representacion del usufructuario; y extinguido el derecho de este por cualquiera de los medios que acuerdan las leyes, muere al mismo tiempo la facultad cedida y enagenada á otra persona. Esta es una doctrina muy conforme á los principios de buena jurisprudencia, contenidos en la *ley* 24. *tit.* 31. *Part.* 3, y en el §. 3. *Instit. de Usufructu*, con el comentario del Vinnio al *n.* 4.

67 El poseedor del mayorazgo ni

puede enagenar la cosa comprendida en él, ni aun arrendarla por largo tiempo; pero puede hacer uno y otro de los frutos y rentas, cediendo y traspasando la facultad de percibirlos por todo el tiempo que durase el mayorazgo en él, como legítimo poseedor, pues extinguido su derecho caduca necesariamente el del cesionario: Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 25. *y siguientes*, con sus adicionadores.

68 Estos son los ejemplos que convienen con mayor propiedad á la cesion que hacen, y á los privilegios que conceden los papas, para que puedan coger el fruto de la presentacion, haciéndola en los beneficios reservados á su santidad, pues con la muerte del principal caduca necesariamente la potestad concedida á otras personas por privilegio ó por cualquiera otra causa.

69 Por estos antecedentes recibe mayor claridad la disposicion del santo Concilio de Trento en el citado *capit.* 9. *ses.* 25. *de Reformat.*, que se puede resumir en dos artículos: en el primero asegura que no hay, ni puede adquirirse patronato en las iglesias y beneficios sino por fundacion y dotacion: en el segundo afirma igualmente, por una consecuencia necesaria, que no hay ni puede haber otros patronatos, ni subsistir las facultades ó privilegios concedidos, aunque sean con la misma fuerza de patronato, ó por cualquiera otro derecho para nombrar, elegir ó presentar; pues aunque algunos hayan usado de los enunciados privilegios y títulos, conocido este abuso, los considera el santo Concilio por extinguidos, y de ningun valor y efecto en su raiz y orígen, sin que pueda sostenerlos la cuasi posesion en que hubiesen estado, viniendo á concluirse, segun la letra del mismo Concilio, que no necesitaban de revocacion, y era mas eficaz la explicacion y declaracion que manifiestan estas palabras: *In totum prorsus abrogata, et irrita cum quasi possessione inde secuta intelligantur.*

70 No podian menos de considerarse írritos, nulos y abusivos los patronatos y privilegios usurpados en su orígen, ó usados mas allá del tiempo de su duracion; y habiéndose demostrado que los que concedian los papas para presentar los beneficios reservados, caducaban con la muerte del mismo autor de los privilegios, y que á mayor abundamiento quedaban revocados por el tenor de la *regla* 9. *de la cancelaría*, que es la ley capital de donde viene la autoridad de los papas y de los agraciados, como se manifiesta por todo su tenor, ya llegaban estos privilegios sin fuerza ni valor á los tiempos del santo Concilio de Trento; y esto bastaria para declararlo así, como lo hizo sin necesidad de nueva revocacion.

71 Los privilegios que se hubiesen concedido despues del santo Concilio tendrán la misma suerte de caducar con la muerte de sus respectivos autores, y á mayor abundamiento perderán toda su fuerza con la renovacion de la misma *regla* 9. por la revocacion que contiene. En efecto esta revocacion produce el mismo efecto en todos tiempos, aun cuando los privilegios y gracias no hubiesen salido limitadas á la voluntad del papa que las concedió, y se hubiesen extendido al beneplácito de la santa sede; pues aunque permanece y no se extingue con el curso del tiempo, no estan exentas de la revocacion por la voluntad contraria del papa, ni podian sus antecesores disminuirles esta autoridad, ni ligar las manos á los sucesores: *cap.* 15. *de Rescript. in Sext. in fine*, ibi: *Quodque nobis licere non patimur, nostris successoribus indicamus*: Rigant. *á la regl.* 15. *de la concelaría n.* 47: Loter. *de Re benefic. lib.* 2. *q.* 39. *n.* 15., *al* 18.

72 Siendo írritos los privilegios y abusivos los patronatos, de que trata el Concilio de Trento en el citado *cap.* 9. *ses.* 25. *de Reformat.*, procedia necesariamente que lo fuese tambien la cuasi posesion que habian tomado con pretesto de aquel título: porque los actos de posesion en tanto sufragan el derecho que suponen, en cuanto la presuncion que inducen no se deshace con mejores luces, excluyendo todo derecho de propiedad y dominio. Los que tienen en su poder los privilegios y títulos, que resisten el derecho que pretenden apoyar con la posesion, se presume que tienen noticia de ellos, y

que estan de mala fe, y no les puede aprovechar su posesion, por mas larga que fuese su observancia. Siguiendo estos principios, que son bien claros y notorios, procede el santo Concilio á declarar írritos y sin valor ni efecto, no solo los privilegios y gracias indicadas, sino tambien la posesion que procede de tales títulos: ibi: *In totum prorsus abrogata, et irrita cum quasi possessione inde secuta intelligantur.*

73 El mismo pensamiento se demostrará con respecto á los indultarios, y aun en lo general del patronato, por la letra del concordato del año de 1753, en los supuestos que hace, y en las disposiciones claras que contiene; y por estos medios se concluye mas eficazmente que el derecho y posesion de los indultarios, cuando no hubieran estado disueltos y aniquilados mucho antes del concordato, lo quedaban en el momento de la convencion con pasos y efectos tan retrógrados, como si nunca hubiera salido de la corona el patronato universal de todas las iglesias de España y de sus respectivos beneficios, y como si no hubieran podido adquirir los indultarios derecho alguno para presentar los beneficios por sí ni á nombre de su santidad.

74 Ya sea autor de la citada *regla* 9. el papa Nicolao V, como dice Riganti con otros, y que se formase y publicase en el año de 1447, ó bien se atribuya á otros autores (pues nada importa esta diversidad al asunto de este discurso), lo cierto es que los señores reyes católicos reclamaron inmediatamente esta novedad, como ofensiva á los derechos y regalías del patronato universal de la corona, que muy de antemano estaba declarado á su favor por las leyes, y constaba por otros monumentos antiguos, solicitando en su consecuencia el reintegro y restitucion de los euunciados derechos del patronato universal al ser y estado quieto y pacífico, en que se hallaba la corona antes de las reservas indicadas.

75 La reclamacion ó demanda producida y continuada sin intermision á nombre de los señores reyes católicos, por aquellos medios mas reverentes y decorosos á la santa sede, preserva todos los derechos de la corona, y habiéndolos reconocido, acordado y declarado la santa sede en el citado concordato, retrotrae sus efectos al tiempo anterior de las reservas, como si hubieran estado intactos, y sin la menor interrupcion desde entonces y en todo el tiempo sucesivo, por ser éste el efecto necesario de la sentencia ó determinacion, ya proceda de cosa juzgada ó de transaccion, convenio y concordia, concurriendo todas estas partes en nuestro concordato, como se demostrará por su misma letra.

76 En el §. 2. del concordato se refiere que en el último estipulado el dia 18 de Octubre de 1737 entre el papa Clemente XII, y el señor Felipe V, de gloriosa memoria se habian convenido en que se diputasen por el papa y el rey personas que reconociesen amigablemente las razones de una y otra parte sobre la antigua controversia del pretendido real patronato universal, que quedó indecisa, y en el §. 6. del mismo concordato se dice lo siguiente: «Pero aviendo sido graves las contro»versias sobre la nómina de los Benefi»cios residenciales, y simples, que se »hallan en los Reynos de las Españas, »exceptuados, como se ha dicho, los »que estan en los Reynos de Granada, »y de las Indias; y aviendo pretendido »los Reyes Católicos el derecho de la »nómina en virtud del Patronato uni»versal, y no aviendo dexado de expo»ner la Santa Sede las razones que »creia militaban por la libertad de los »mismos Beneficios, y su colacion en los »meses Apostólicos, y casos de las re»servas, y así respectivamente por la de »los Ordinarios en sus meses; despues »de una larga disputa, se ha abrazado »finalmente de comun consentimiento »el temperamento siguiente.»

77 En el cap. 5. vuelve á repetirse la gran controversia del patronato universal, explicándose su santidad en los términos siguientes: «Para concluir ami»gablemente todo lo restante de la gran »controversia sobre el Patronato uni»versal, acuerda á la Magestad del Rey »Católico, y á los Reyes sus Sucesores »perpetuamente, el derecho universal »de nombrar, y presentar indistinta-

»mente en todas las Iglesias Metropoli»tanas, Catedrales, Colegiatas, y Dió»cesis de los Reynos de las Españas, »que actualmente posee, á las Dignida»des mayores *post Pontificalem*, y otras »en Catedrales, y Dignidades principa»les, y otras en Colegiatas, Canonica»tos, Porciones, Prebendas, Abadías, »Prioratos, Encomiendas, Parroquias, »Personatos, Patrimoniales, Oficios, y »Beneficios Eclesiásticos, Seculares, y »Regulares, *cum cura*, *et sine cura*, de »qualquier naturaleza que sean, que al »presente existen, y que en adelante se »fundaren.» En esta disposicion queda reconocido y declarado el derecho universal, que pretendian los señores reyes católicos, como efecto de su real patronato.

78 La reserva de los cincuenta y dos beneficios á favor de la santa sede, aunque disminuye el número de las reales presentaciones, mantiene y aun confirma el título y causa universal, en cuya virtud debe hacer S. M. las restantes. El mismo efecto de confirmacion y ratificacion produce la reserva y limitacion que se hace á favor de los ordinarios eclesiásticos en los beneficios, que proveian por lo pasado, siempre que vaquen en sus meses ordinarios de Marzo, Junio, Setiembre y Diciembre, debiéndose observar que esta provision se restringe con dos condiciones; es á saber, que el beneficio sea de aquellos que proveian antes los ordinarios, y que su vacante se cause en los referidos cuatro meses.

79 Esta restriccion se pone á los patronos eclesiásticos, y por una y otra se demuestra que en el título y derecho de presentar y nombrar quedan indistintamente comprendidos todos los demas beneficios, ya vaque en los ocho meses ó en cualquiera otro tiempo, como sucede en las dignidades, primeras sillas *post Pontificalem* de las catedrales, en las principales de colegiatas, en los beneficios que vacan, estándolo la silla episcopal, y en todos los demas casos que se han referido en este capítulo y en el cuarto de esta tercera parte; y reuniéndolos todos se viene á demostrar que S. M. autoriza sus derechos con el título universal, de que habla el capítulo quinto del concordato, sin que se le aumente por otro alguno particular, como cesion, subrogacion y demas, que á mayor abundamiento se expresan en el §. 1. del citado capítulo quinto.

80 Por el mismo órden de las disposiciones referidas se convence y demuestra que el derecho universal de nombrar y presentar no viene de nuevo á los señores reyes de España por efecto del concordato, ni es diverso del que solicitaban y tenian de antiguo por los sólidos fundamentos y recomendables títulos de fundacion, dotacion y conquista, de que siempre hicieron uso en sus instancias, disputas y controversias. Pues si el título y derecho universal, que ahora tienen los señores reyes, es el mismo que tenian y reclamaron tantas veces, su reconocimiento y declaracion lo restituye al tiempo anterior, quedando sin efecto los demas derechos que se desmembraron y distribuyeron por las reservas generales y especiales: porque descubriéndose con mejores luces en el concordato el derecho universal de los señores reyes, seria incompatible su reintegro con la subsistencia del derecho de los indultarios, que siempre disminuiria el de la corona. Y tan lejos está de haberlo reservado su santidad, ni prestado S. M. el preciso consentimiento á favor de los indultarios, que se expresó abiertamente y á mayor abundamiento que el que habian tenido estos en otro tiempo quedaba reunido y comprendido en el derecho universal de la corona.

81 Si en tan largo y continuado tiempo fué constante la voluntad de los señores reyes de España en mantener y recobrar los derechos del patronato universal de sus iglesias y beneficios, nadie podrá imaginar que la mudasen ó alterasen al tiempo del concordato, y en aquel momento feliz en que se descubrieron y acordaron con uniforme consentimiento de las dos altas potestades los mismos derechos que solicitaba la corona; pues la presuncion que segun la *ley* 37. *ff. de Judiciis*, la 3. y 22. *de Probationib.*, la 48. *de Jure fisci*, que siguen con uniformidad Cas-

till. *lib.* 4. *cap.* 37. *desde el n.* 1., Barbosa á la citada *ley* 37. *n.* 97., Hermos. en la *ley* 4. *tit.* 4. *Part.* 5. *glos.* 1. *n.* 46., con otros muchos que refieren, resiste y excluye en lo general la variacion y mutacion de voluntad, se hace mas poderosa en los reyes, por ser en ellos inalterable, y estar siempre muy distantes del vicio de la inconstancia, mayormente en los negocios de tan grande interes como el del patronato, consultado y acordado por los ministros mas sabios, sin que pueda mejorarse este título, antes bien se debilitaria con cualquiera otro, aunque procediese de la voluntad expresa del papa, bien que uniéndose con el antiguo de la corona lo fortaleceria nuevamente, que es el único efecto que se debe atribuir á la cesion y subrogacion, que á mayor abundamiento hace su santidad en el §. 1. cap. 5. del concordato.

82 En las transacciones ó convenciones tan lejos está de extinguirse ni debilitarse la accion y derecho primordial, que antes bien se produce y nace otro; y aunque este sea diverso del primero, se auxilian y fortalecen mutuamente, y mejoran el de los interesados, que es el objeto y fin á que dirigen sus intenciones. Mas no por eso debe presumirse que quieran ellos innovar, y si solo conservar el primer título, y adquirir otro nuevo, para usar del que les sea mas oportuno y ventajoso. Esta es la doctrina que siguen con uniformidad los autores, señaladamente Baler. *de Transact. tit.* 5. *q.* 4. *n.* 8. *y siguientes*, Olea *Decision. jur. tit.* 6. *q.* 7. *n.* 8., fundados en la *ley* 15. *tit.* 14. *Part.* 5., y en la *ley última Cod. de Novationib.*

83 Lo mismo sucede en la cosa juzgada, de la cual nace nueva accion, sin extinguir la primera con que se empezó el juicio, antes bien la mejora con su union dejando al arbitrio del interesado usar de cualquiera de ellas: *ley* 19. *tit.* 22. *Part.* 3.: *ley* 6. §. 3. *ff. de Re judic.*: Salg. *Labyrint. part.* 3. *cap.* 1. §. *único n.* 16. *y siguientes*: Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disp.* 1. *n.* 1. *y* 2.

84 De esta union de títulos refieren las leyes bastantes ejemplares: la 1. *tit.* 6. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 4. tit. 17. lib. 1. de la Nov. Recop.) *dice*: «Por »derecho, y antigua costumbre, y jus»tos títulos, y concesiones Apostólicas, »somos Patron de todas las Iglesias Ca»thedrales de estos Reynos, y nos per»tenesce la presentacion de los Arzo»bispados, y Obispados, y Prelacías, y »Abadías Consistoriales de estos Reynos, aunque vaquen en Corte de Roma.» La *ley* 3. *del prop. tit. y lib.* (Ley 5. tit. 17. lib. 1. de la Nov. Recop.) supone que los señores reyes proveian por costumbre antigua las iglesias parroquiales de las montañas, «que se lla»man Monesterios, ó Ante-iglesias, ó »Feligresías,» y para fortalecer mas el título fundado en la costumbre, añade la ley haber sido tolerada por los sumos pontífices «de tiempo inmemorial acá.»

85 La *ley* 5. *siguiente* (Ley 6. de id.) funda en la costumbre el propio derecho á nombrar y presentar dichas santas iglesias y otros beneficios del patronazgo real, *ibi*: «Conforme la cos»tumbre, en que Nos, y los Reyes, »nuestros progenitores avemos estado, »y estamos, de facer las dichas pre»sentaciones, y nominaciones, y á las »Bulas, y Privilegios, que sobre ello »por los Sumos Pontífices pasados han »sido concedidas;» uniéndose aquí estos dos títulos de costumbre, bulas y privilegios apostólicos, para mejorar y fortalecer los derechos del real patronazgo.

86 Con presencia de los ejemplares referidos y de los sólidos fundamentos que se han expuesto, debe juzgarse ciertamente que no se trató en el concordato de extinguir ni mudar el antiguo relevante título de patronato universal, sino de fortalecerlo con el reconocimiento, subrogacion y concesiones apostólicas, que es como debe ser entendido en cualquiera oscuridad ó duda que contuviese; pero se halla tan demostrado este pensamiento en lo dispositivo del mismo concordato que no deja lugar á la menor duda. En el capítulo quinto dice su santidad que «para concluir amigablemente todo lo »restante de la gran controversia sobre »el Patronato universal, acuerda á la »Magestad del Rey Católico, y á los

»Reyes sus Sucesores perpetuamente, »el Derecho universal de nombrar y »presentar indistintamente en todas las »Iglesias.»

87 La palabra «acordar,» de que usa su santidad en este artículo, manifiesta con toda propiedad la conformidad, consentimiento y concordia con la intencion y deseo de S. M. católica. El Diccionario de la lengua española en la palabra «acordamiento,» dice que es conformidad, concordia ó consonancia, y en la de «acordar,» determinar, ó resolver de comun acuerdo, ó por mayor parte de votos alguna cosa, como se estila en los tribunales, juntas y comunidades. ¿Pues cómo se diria que su santidad estaba en este punto de acuerdo y conformidad con el rey católico, sino le reconociese y conservase el patronato universal, que pedia y demandaba tan de antiguo?

88 En el §. 1. del citado cap. 5. ratifica su santidad este pensamiento con pruebas mas claras y expresivas, pues continuando sin intermision el propio asunto, dice lo siguiente: «Y á mayor »abundamiento en el derecho, que tenia la Santa Sede por razon de las re»servas, de conferir en los Reynos de »las Españas los Beneficios, ó por sí, ó »por medio de la Dataría, Cancillería »Apostólica, Nuncios de España, é In»dultarios, subroga á la Magestad del »Rey Católico, y Reyes sus Sucesores, »dándoles el derecho universal de pre»sentar á dichos Beneficios en los Rey»nos de las Españas, que actualmente »poseen, con facultad de usarle en el »mismo modo que usa, y exerce lo res»tante del Patronato, perteneciente á »á su Real Corona.»

89 La cláusula, «á mayor abunda»miento,» supone perfecto el negocio á que se aplica en todo lo esencial y necesario, y solo sirve de robustecer con mayor seguridad el mismo título precedente, removiendo cualquiera oscuridad, duda, ó controversia que pudiera excitarse, aun con aparente pretesto.

90 Puede tambien producir la enunciada cláusula, «á mayor abun»damiento,» algun efecto incidente ó accesorio en lo que no alcanzase el título primordial del patronato; verificándose de este modo que en lo principal se reunen los dos títulos del patronazgo real y del reconocimiento y concesion apostólica, y en lo incidente puede esta dar un nuevo título de mayor extension en algunos casos y vacantes.

91 El mismo Diccionario de la lengua española en la palabra «abunda»miento,» dice: «Hoy tiene uso en la »locucion forense, á mayor abunda»miento, que vale lo mismo que para »mayor seguridad ó prueba, *Plenius.*» Del mismo modo la entiende el señor Salgado *de Supplic. part.* 1. *cap.* 12. *sec.* 4. *n.* 166. *y siguientes*, con otros muchos autores que refiere.

92 Ni aun cuando los señores reyes de España intentasen desprenderse de la mayoría y preeminencia real, que interesa tanto en el patronato universal y sus presentaciones, lo podrian verificar. La *ley* 3. *tit.* 6. *lib.* 1. (Ley 5. tit. 17. lib. 1. de la Nov. Rec.), tratando del patronato y presentacion de las iglesias parroquiales de las montañas pertenecientes á la corona, refiere que algunos señores reyes tentaron de perjudicar y derogar esta preeminencia y derecho real; y procede, para enmendar los daños é inconvenientes que de esto resultan, á revocar y dar por ningunas y de ningun valor y efecto todas y cualesquiera mercedes de los enunciados derechos. Y si esta resistencia hacen las leyes en el patronato particular de algunas iglesias, ¿cuál será la que convendria hacerse en lo universal del patronato para que no se disminuyese ni olvidase su orígen?

93 En el enunciado §. 1. se expresa que la santa sede tenia derecho por razon de las reservas de conferir en los reinos de las Españas los beneficios. Esta es su primera parte: en la segunda trata del ejercicio, y se explica en los términos siguientes: «O por sí, ó »por medio de la Dataría Apostólica, »Nuncios de España, é Indultarios.» En esta referencia se ve claramente que la santa sede y los sumos pontífices hacian siempre la provision y colacion de los beneficios por razon de las

reservas, sin otra diferencia que la accidental de ejecutarlas, unas veces inmediatamente por sí mismos, y otras por mediacion de las personas que expresa; y así como la dataría, cancelaría apostólica y nuncios de España no han intentado, ni podian pretenderlo, proveer ni conferir los beneficios, como lo hacian antes del concordato, por haber faltado en el principal este derecho por la misma causa y razon quedan excluidos los indultarios, pues se hallan comprendidos en la misma cláusula y disposicion.

94 La subrogacion en el derecho que tenia la santa sede por razon de las reservas de conferir en los reinos de las Españas los beneficios, constituye á los señores reyes en la facultad de presentarlos y conferirlos; y si los indultarios continuasen haciéndolo, quedaria en esta parte ilusoria la subrogacion, y sin efecto la cláusula ó disposicion, en que dice su santidad abiertamente que les da el derecho universal á presentar dichos beneficios. Esta es otra prueba mas clara de que no pueden presentar los indultarios beneficios algunos de cualquiera calidad que sean, por ser incomponible que un mismo derecho y facultad pertenezca *in solidum* á dos en el mismo tiempo y casos de las vacantes; esto es, á los señores reyes de España y á los indultarios. Estando pues á favor de aquellos la disposicion clara y positiva, no pueden estos resistirlas por argumentos, conjeturas, ni presunciones sacadas con violencias de las reglas comunes, que no son adaptables á este caso.

95 La constitucion apostólica, expedida en confirmacion del concordato, manifiesta con palabras mas expresivas y claras que los indultarios quedaron enteramente destituidos de la facultad de nombrar y presentar; y que se reunió toda en los señores reyes católicos, como efecto del patronato universal y constituciones apostólicas. De consiguiente subroga á los señores reyes de España en el derecho y facultad que por razon de las reservas ó por cualquiera otro título tocase y perteneciese al papa y á la santa sede, ya se ejerciese por su santidad mismo, ó por medio de la dataría y cancelaría apostólica, ó por los nuncios residentes en los reinos de las Españas, ó por otros cualesquiera autorizados con facultad para ello por indultos apostólicos. En esta última cláusula general estan necesariamente los duques de Alba y Alburquerque, el marques de Villafranca y todos los demas señores, personas particulares, ó comunidades que hayan presentado cualesquiera beneficios por gracia y privilegio de la santa sede; y declarando su santidad que los señores reyes deben nombrar para dichos beneficios que vacasen en los ocho meses apostólicos, quedan necesariamente excluidos los indultarios. Y bien que no pudiese ofrecerse duda en lo dicho hasta aquí, quiso su santidad declarar mas abiertamente su disposicion, y á este fin continúa con la siguiente cláusula: «De manera que el »mencionado Rey Fernando, y los Re»yes Católicos sus Sucesores puedan »usar libremente, y exercér en todo y »por todo el derecho universal, con»cedido á ellos, de nombrar, y pre»sentar á todos, y á cada uno de los »Beneficios referidos, existentes en los »Reynos, y Provincias de las Españas.»

96 Aun no satisfecho su santidad con las declaraciones indicadas, continúa con otra, si cabe, mas expresiva, por la comparacion que hace de que los reyes católicos puedan presentar los beneficios, de que trata el concordato, señaladamente los que proveia su santidad por las reservaciones apostólicas, del mismo modo que han acostumbrado usar de los derechos de su patronato real, y ejercerlos en cuanto á las iglesias y beneficios eclesiásticos que antes eran de su real presentacion; y como en estos no podian tener entrada los indultarios, quedan por la enunciada comparacion destituidos enteramente de aquella facultad de que usaron á nombre de su santidad por sus privilegios ó indultos.

97 Todas las enunciadas disposiciones dejaban desembarazado y en entera libertad el derecho universal de los señores reyes católicos en la pre-

sentacion de los beneficios de todas las iglesias de España que vacasen en los ocho meses apostólicos; y para asegurar mas que aun en lo sucesivo no se les pondria el menor estorbo ó inconveniente al uso libre del derecho y patronato universal, establece su santidad y acuerda, siguiendo el tenor del concordato, «que no concederá en adelante indulto alguno de conferir Beneficios Eclesiásticos, reservados á la Santa Sede en dichos Reynos de las Españas, al referido Nuncio Apostólico, ni á ningun Cardenal de la Santa Iglesia Romana, Arzobispos ú Obispos, ni á otros qualesquiera, sin expreso consentimiento del Rey Católico de las Españas, entonces existente.»

98 La citada *regla* 9. *de la cancelaría* reservó en su primera parte á la santa sede la provision de todos los beneficios que pertenecieron á la libre colacion de los ordinarios y vacasen en los ocho meses que señala. Y procediendo á la segunda parte de la misma regla, concede á dichos ordinarios la gracia ó indulto de que puedan proveer no solo los beneficios que vacaren en los cuatro meses referidos, sino tambien en otros dos mas por el órden de la alternativa que expresa. Este indulto ó gracia en cuanto á los dos meses procedia de la voluntad libre de su santidad, como la que hacia á otras personas, que por igual orígen de sus facultades son conocidos por el título y nombre de indultarios, conviniendo en este punto unos y otros; pero los concedidos á los patriarcas, arzobispos y obispos llevan en sí tres diferencias esenciales que los hacen mucho mas favorables y permanentes respecto de los concedidos á personas particulares.

99 La primera diferencia consiste en que por esta gracia se relaja ó remueve en parte la reserva, y se viene á restituir á los obispos la facultad que por el derecho comun les competia; y en esto se descubre el primer favor y amplitud con que deben ser recibidos y guardados dichos indultos. La segunda diferencia se reduce á la obligacion mas estrecha que constituyen los obispos á residir personalmente en sus obispados para gozar de dicha gracia, sin que les aproveche la ausencia por mínima que sea, aunque proceda de justa causa. La tercera diferencia se completa con la aceptacion, acreditándola en la dataría en los términos que expresa la citada *regla* 9., viniendo desde este punto á formarse un concordato ó convenio entre el obispo y el papa, que durante la vida de uno y otro hace irrevocable dicha gracia é indulto, á menos de concurrir su mútuo consentimiento, como lo expresa literalmente la referida regla en los términos siguientes: *Et post factam aceptationem, et admissionem in dataria, neutri parti liceat, nisi concordi consensu, ab ea recedere.*

100 Por el concordato caducaron todas las alternativas que estaban pendientes, y ofreció su santidad que no se concederian mas adelante, como se expresa al fin del capítulo primero; y habiéndose cortado estas gracias ó indultos para reintegrar plenamente á S. M. en el derecho universal á la presentacion de todos los beneficios que vacasen en los ocho meses apostólicos y casos de las reservas generales y especiales, con mayor razon deben tener igual suerte los indultos concedidos á otras personas que no tienen ni en su orígen ni en sus fines las poderosas recomendaciones indicadas.

101 Los patronos eclesiásticos quedaron igualmente ligados, como los arzobispos, obispos y coladores inferiores, á presentar los beneficios de su patronato que vacasen en los mismos cuatro meses ordinarios de Marzo, Junio, Setiembre y Diciembre, como se expresa en el citado cap. 1., correspondiendo á S. M. la presentacion de los mismos beneficios de patronato eclesiástico, que vaquen en los ocho meses y casos de las reservas generales y especiales. Este es otro argumento que convence el intento de poner en libertad el derecho de S. M., así en lo que le pertenece por su patronato universal, como por las gracias y concesiones apostólicas, pues en los beneficios de patronato eclesiástico faltaban los títulos de fundacion, dotacion y conquista alegados por la corona; pero

era muy justa la compensacion del derecho que competia á S. M. en otros muchos beneficios, del cual se desprendió generosamente para concluir amigablemente la antigua controversia, así á favor de su santidad en los cincuenta y dos que reservó, como al de los ordinarios coladores; no siendo compatible con la intencion y deseo tantas veces manifestado en el mismo concordato que padeciese la corona la diminucion de sus derechos, continuando los indultarios con la facultad precaria de presentar los beneficios vacantes en los ocho meses apostólicos.

102 Las disposiciones amplísimas, que dejaban ya establecido el derecho de S. M. á la presentacion de todos los beneficios existentes al tiempo del concordato en los reinos de las Españas que vacasen en los ocho meses apostólicos y casos de las reservas, á excepcion de los que determinadamente se expresan y señalan, se extendieron igualmente á los beneficios que se fundaren en adelante, como se manifiesta en el citado cap. 5., *ibi*: «Que al presente existen, y que en adelante se »fundaren, si los Fundadores no se re»servasen en sí, y en sus Sucesores el »derecho de presentar.»

103 No se distingue en este artículo, de que los fundadores sean eclesiásticos ó legos, ni de que se haga la fundacion y dotacion con bienes y caudales de las iglesias ó con los patrimoniales propios de los mismos fundadores; y esta generalidad podria dar ocasion para entender comprendida en el derecho universal del rey la presentacion de cualesquiera beneficios, que se fundaren en adelante, sin distincion de que se hagan con bienes de las iglesias ó con los propios de los mismos fundadores.

104 En las fundaciones hechas con bienes de las iglesias se ofrece menor dificultad, porque están sujetas á la libre disposicion de su santidad; y pudo muy bien conceder á los señores reyes de España el derecho de presentar en las vacantes de los ocho meses y casos de las reservas, consiguiente á lo dispuesto para los beneficios existentes de patronato eclesiástico; pero en los que fundasen los legos ó los clérigos de sus propios bienes, parece que no podia ser la intencion de su santidad hacer novedad alguna á favor de la corona, supuesto que no la hizo en los existentes al tiempo del concordato, como se expresa al capítulo 2. por estas palabras: «Ni que tampoco »se innove nada en órden á los Benefi»cios de Patronato laycal de particula»res,» las cuales se repiten substancialmente en la constitucion apostólica, *ibi*: «Y asimismo que no se innove na»da, en cuanto á los Beneficios que »existen de derecho de Patronato de »laycos de personas particulares, por »fundacion ó dotacion.»

105 He oido algunas veces á diferentes ministros de la cámara, ciertamente sabios, pretender fundar que en la enunciada cláusula relativa á los beneficios que se erigiesen y dotasen en adelante, solamente se comprendian los que fuesen de patronato eclesiástico, y no los de patronato laical; pero esta opinion me pareció siempre oscura, y que pedia mayor explicacion, la cual hacia yo en los términos siguientes: cuando los beneficios se fundan con bienes de las iglesias ó de las dignidades, ó con parte de otros bienes libres, quedan necesariamente de patronato eclesiástico, y no cabe duda en que la presentacion de las vacantes en los cuatro meses corresponde al patrono, y en los ocho á S. M. Lo mismo sucede cuando fundándose el beneficio con bienes patrimoniales, se cede ó traslada á iglesia ó comunidad eclesiástica: porque desde este punto se convirtió la calidad de laical en la de eclesiástico, y se gobierna por las mismas reglas indicadas; pero como dichos fundadores no pueden reservar el patronato, ni el derecho de presentar en sí, y en sus herederos y sucesores, que es la limitacion que se hace en el citado capítulo 5. *ibi*: «Si los Fundado»res no se reservasen en sí, y en sus »Sucesores el derecho de presentar;» repitiéndose esto mismo con mayor extension en la constitucion apostólica, *ibi*: «Y que en adelante se erigieren, é »instituyeren canónicamente, en caso »de que los Fundadores no se reserven

»en sí, y en sus herederos, y Suceso»res el derecho de Patronato, y de pre»sentar á ellos;» solo puede aplicarse esta excepcion ó reserva á los que fundan beneficios de sus propios bienes, en los cuales tiene lugar el derecho y presentacion de S. M. en las vacantes de los ocho meses y casos de las reservas, si los fundadores no hubiesen reservado para sí y sus sucesores, al tiempo de la fundacion, el derecho á presentar los referidos beneficios de patronato laical.

106 Esta es la regla que prescribe la enunciada disposicion, con respecto á los beneficios que se fundaren en adelante. Su limitacion ó excepcion consiste «en que los Fundadores reser»ven en sí, y en sus herederos, y Su»cesores el derecho de Patronato, y de »presentar á dichos Beneficios.» Esta limitacion viene á decir, y así debe entenderse sencillamente, que cuando hay patronato laical, no tiene el rey derecho alguno en el referido beneficio, ni puede presentar en ninguna vacante; y en estos términos es verdadera la proposicion de que no se innova cosa alguna en los beneficios de patronato laical, viniendo á declararse en la enunciada cláusula del capítulo 5. del concordato y de la constitucion apostólica que los que fundan beneficios eclesiásticos con sus propios bienes, no adquieren el patronato, sino reservan en sí y en sus herederos y sucesores especialmente el derecho de presentar; y que á falta de dicha reserva, queda el beneficio libre á la disposicion del ordinario eclesiástico en los cuatro meses, y á la de S. M. en los ocho y casos de las reservas.

107 Con esta disposicion entendida del modo referido, se declaró la duda que podria excitarse en el punto, de si la fundacion y dotacion bastan por sí solas para adquirir el derecho de presentar, ó si es necesario que el fundador lo reserve. En los tiempos antiguos solamente se permitia á los que dotaban y fundaban iglesias y beneficios con sus propios bienes, y á sus herederos y sucesores, que los defendiesen y conservasen por los medios y recursos que acuerdan los concilios, los cánones y las leyes. No se hacia aquí memoria de la presentacion, la cual se permitió posteriormente á los mismos fundadores, sin extenderla á sus herederos y sucesores; pero conociendo la iglesia por experiencia la necesidad que habia de excitar la piedad de los fundadores, sufrió y toleró el derecho á la presentacion de los mismos beneficios no solo en los fundadores sino tambien en sus herederos y sucesores, si explicaban su intento y voluntad; pues como era una gracia que dispensaba la iglesia, condescendiendo con la voluntad de los fundadores, en cuya mano estaba manifestarla; si no lo hacian así, daban bastantemente á entender que fundaban y dotaban las iglesias y beneficios solo por piedad y por el mejor servicio de Dios sin mezcla de otro interes. Esta es la doctrina, que reunió Tomasino, y la tomó de los concilios y autoridades que refiere, *tom.* 2. *p.* 2. *lib.* 1. *cap.* 30. *desde el n.* 17.

108 Van-Spen *en el tom.* 1. *p.* 2. *sec.* 3. *cap.* 1. trató largamente del orígen del derecho de patronato; y en el *cap.* 3. *n.* 2. afirma que por la sola fundacion, sin especial reserva del fundador ó concesion del obispo, se adquiere el derecho de patronato. Con esta opinion conviene la del Fagnano *sobre el cap.* 25. *ext. de Jur. Patronat. n.* 4. Y aunque por esta diferencia de tiempos y de autores quedase en duda en cuanto á lo pasado, si los fundadores de beneficios adquirian su patronato, especialmente para el efecto de presentar sin reservarlos, y si lo trasladaban á sus herederos y sucesores, (pues podia verificarse lo primero sin que tuviese lugar lo segundo) quiso su santidad remover toda disputa en los que se fundasen en adelante, poniéndoles una ley ó condicion clara y positiva, reducida á que los fundadores deben reservar en sí y en sus sucesores el derecho de presentar, para excluir el que se concede á los señores reyes de España, de presentar dichos beneficios que vacasen en los ocho meses y casos de las reservas.

109 Pues si en los enunciados beneficios de fundaciones particulares se declaró á favor de la corona su presen-

tacion, ¿cómo podrá limitarse, ni excluirse en los beneficios fundados de antiguo, que pretendian los señores reyes de España haber fundado y dotado, y conquistado las iglesias en donde están sitos? No puede sin violencia inferirse que el papa quiera mantener á los indultarios el ejercicio de la presentacion que por pura gracia les concedió, y que sufriese el rey el despojo y grave daño en el derecho universal que le pertenecia, reclamado y declarado á su favor por las justas causas que expresa el mismo concordato.

110 Debe observarse, para concluir este discurso, que su santidad no revocó con palabras claras y terminantes los indultos, que por sí ó por sus antecesores se habian concedido, y esto manifiesta que los consideró disipados y sin valor alguno en la raiz misma del concordato, como una consecuencia necesaria de haber caducado la reserva.

111 Pero bien puede asegurarse que el concordato contiene una revocacion implícita y virtual de los enunciados indultos, aunque se hubiesen dado por causa onerosa en recompensa de grandes y señalados servicios hechos á la santa sede; pues no eran capaces de ligar la mano de su santidad, ni impedir su revocacion, cuando en ella interesaba tanto la causa pública que motivó el citado concordato, y se expresa en muchas partes de sus artículos.

112 Acabar los pleitos, reducirlos y abreviarlos, es un objeto que llamó siempre la atencion y cuidado de los legisladores, por el grande interes que produce al estado y á la causa pública: *cap.* 5. *ext. de Dolo et contumacia*, ibi: *Finem litibus cupientes imponi*: *cap.* 1. *de Appellat. in Sext. Cordi nobis est lites minuere, et à laboribus relevare subjectos*: *Clement.* 2. *de Judiciis.* Con estas disposiciones convienen enteramente las que han repetido con el mismo fin todos los legisladores.

113 ¿Habrá pues alguna contencion mas antigua, mas reñida y acalorada, y de que pudieran temerse consecuencias mas infelices á la causa pública en lo espiritual y temporal, que la excitada y continuada sobre el patronato universal entre las dos altas potestades? El mismo concordato lo asegura en el §. 2., y lo amplía y confirma su santidad en la enunciada constitucion apostólica.

114 El concordato fué el medio feliz que reunió el sacerdocio y el imperio con una paz constante y una armonía grata. ¿Y seria justo que se impidiesen estas ventajas públicas para reservar á los indultarios una facultad que nació de la liberalidad de los papas, sin que puedan olvidar este orígen, ni desentenderse de que con justa y permanente causa podia su autor, y pueden los sucesores declarar las líneas del premio, y por recompensados los servicios con el tiempo pasado, ya fuese por haber nacido con daño público, ó ya por haber llegado á causarlo?

115 Esta es la regla que mantiene la felicidad del estado: *Salus populi suprema lex esto*; y en la misma se fundó el señor Don Enrique II para limitar y revocar en parte las donaciones que habia hecho en recompensa y remuneracion de los grandes y señalados servicios, que habia recibido de los prelados, comunidades, ricos-hombres y otras personas; pues en la cláusula de su testamento, de la cual se formó la *ley* 11. *tit.* 7. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 10. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.), se refieren todas las partes que justifican su resolucion.

116 En la primera parte dice: «Que »por razon de los muchos, y grandes, »y señalados servicios, que nos hicie»ron en los nuestros menesteres los »Prelados, y Condes, y Duques, y Ri»cos omes, é Infanzones, y los Cava»lleros, y Escuderos, y Ciudadanos, &c. »por lo qual (continúa la ley) Nos los »uvimos de hacer algunas gracias y »mercedes, porque nos lo avian bien »servido, y son tales que lo meresce»rán, y servirán de aquí adelante.»

117 Ninguno podrá dudar á vista de un testimonio tan autorizado que los servicios fueron efectivos y grandes, y tales que obligaron como de justicia al rey á recompensarlos con gracias y mercedes, las cuales guardó puntualmente el mismo señor Don En-

rique II, y quiso que las hiciesen guardar sus sucesores, y así lo ordenó en la parte segunda de la citada cláusula testamentaria por aquellas palabras: «Porende mandamos á la Reyna, é Infante, mi hijo, que les guarden, y »cumplan, y mantengan las dichas gra»cias, y mercedes, que les Nos heci»mos, y que las non quebranten, ni »menguen por ninguna razon; y Nos »gelas confirmamos, y tenemos por »bien que las ayan, segun que se las »Nos dimos, y confirmamos, y manda»mos guardar en las Cortes, que heci»mos en Toro.»

118 Las enunciadas donaciones, mercedes y gracias nacieron con la recomendable condicion de perpétuas y justificadas, con la causa de justa remuneracion; pero sin embargo llevaban siempre la calidad de mortales en todo ó en parte al arbitrio y voluntad de su mismo autor, y de los sucesores que podian y debian usar de su alto poder en el momento que llegasen á entender que ofendian con grave daño la causa pública; acreditándose este juicio con el del soberano sin necesidad de otro exámen, contencion ni audiencia de los interesados. Con estos supuestos procede el mismo señor Don Enrique II á tirar sus nuevas líneas sobre lo universal de las enunciadas donaciones. En primer lugar reduce las donaciones á mayorazgo, *ibi*: «Pe»ro todavía que las ayan por Mayoraz»go.» En esta disposicion quitó á los agraciados la libertad que da el dominio de las cosas para hacer y disponer de ellas á su voluntad.

119 Reduce la ley la sucesion de estos mayorazgos al hijo legítimo mayor de cada uno de los donatarios, *ibi*: «Y »finquen al hijo legítimo mayor de ca»da uno dellos.» Esta es otra restriccion mas estrecha, que va aniquilando con veloz carrera la duracion de las mercedes en la familia de los que las merecieron por sus servicios; y aun se redujo mas con la declaracion que contiene el *auto acordado* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. (Ley 11. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.), concluyendo la enunciada *ley* 11. con la reversion á la corona de las enunciadas donaciones á falta de hijo mayor legítimo del último poseedor, sin que puedan pasar á sus transversales, aunque sean descendientes del primer adquirente ó donatario.

120 La causa, que excitó y movió al señor rey Don Enrique á reducir y derogar por los medios indicados las referidas donaciones, se manifiesta en el principio de la citada *ley* 11. *ibi*: «Aviendo hecho muchas donaciones en »perjuicio, y diminucion de la Corona »Real de estos Reynos;» y despues «Para algun reparo, y remedio de lo »que ansi avia hecho.»

121 Si se cotejan y reunen los indultos, que concedieron los sumos pontífices á los tres señores duque de Alba, duque de Alburquerque y marques de Villafranca, parecerán ciertamente gracias muy grandes y desmedidas, y en notable daño y perjuicio del derecho y posesion que por virtud de las reservas usaban entonces los papas, y se han declarado por el último concordato corresponder á S. M. por el antiguo recomendable título de su patronato universal, y por otros que tambien se indican en el mismo concordato. ¿Pues qué diremos del exceso y diminucion del derecho de la corona, si se pone la vista en una infinidad de indultarios, que por no haberlos demandado ó continuado sus instancias, se mantienen en la abusiva posesion de presentar los beneficios que comprenden sus privilegios ó indultos apostólicos; y es de esperar, si se examinan bien las causas que motivaron estas gracias, que se descubra no haber sido las mas puras y libres de importunidad y opresion, segun el estado y circunstancias en que se hallase en aquellos tiempos la santa sede, convenciéndose por lo expuesto la necesidad de reunir á la corona la presentacion de los beneficios de los indultarios, y la seguridad de conseguirlo por un efecto de rigurosa justicia?

## CAPÍTULO VII.

*De la proteccion que dispensa el rey á las iglesias vacantes.*

1 Proteger y defender de injurias y opresiones es un oficio que nace vincu-

lado á la dignidad real, y es extensivo á todos los ciudadanos de su reino, y mas principalmente á los miserables y desvalidos. No hay diferencia esencial entre la potestad que el rey ejercita en la defensa natural de los oprimidos por los jueces eclesiásticos en las fuerzas, y la que usa en defender y amparar de iguales ó semejantes violencias á los que las padecen, ó temen recibirlas: porque una y otra potestad es económica, tuitiva y paternal, y se imparte por medios extrajudiciales sin mezcla de jurisdiccion contenciosa.

2 De la primera defensa, relativa á las fuerzas, se ha tratado y fundado con solidez y extension en los capítulos anteriores de esta obra: de la segunda que se concede por via de proteccion, y solo se diferencia en el modo, pues conviene tambien en los fines, se tratará en este capítulo y en el siguiente, por ser una especie de fuerza la que se impide ó alza por este medio.

3 El señor Salgado *de Retent. parte* 1. *cap.* 1. *n.* 152. *y siguientes*, y en el *cap.* 16. *desde el n.* 18. prueba con extension todas las partes de la proteccion en su orígen, en sus medios y en sus precisos fines, conviniendo enteramente en que esta potestad y obligacion, que nace con la dignidad real, es la misma que la que ejercita en alzar las fuerzas, en cuya clase considera justamente la que pueden causar las bulas apostólicas, de que trata allí mismo. Y por cuanto son amplísimos los límites de la enunciada proteccion real, se restringe únicamente la materia á las iglesias en sus ministros y en sus beneficios.

4 El *cánon* 20. *caus.* 23. *q.* 5., que se formó de la sentencia de san Isidoro, explica la grande autoridad de los reyes católicos en la Iglesia, y su obligacion de protegerla, haciendo cumplir religiosamente lo establecido por los concilios y cánones, pues en su primera parte dice: *Principes sæculi nonnunquam intra ecclesiam potestatis adeptæ culmina tenent, ut per eamdem potestatem disciplinam ecclesiasticam muniant*; y concluye así: *Cognoscant Principes sæculi, Deo debere se rationem reddere propter ecclesiam, quam à Christo tuendam suscipiunt. Nam sive augeatur pax, et disciplina ecclesiæ per fideles Principes, sive solvatur ille ab eis, rationem exiget, qui eorum potestati suam ecclesiam credidit.*

5 El papa san Leon escribiendo al emperador Leon, en su carta 5., segun la coleccion de Harduino, *tom.* 2. *página* 701., le recuerda como primera obligacion de su real potestad, el ejercitarla en la proteccion de la Iglesia: *Cum enim clementiam tuam Dominus tanta sacramenti sui illuminatione ditaverit, debes incunctanter advertere regiam potestatem tibi, non solum ad mundi regimen, sed maxime ad ecclesiæ præsidium esse collatam.*

6 El santo Concilio de Trento ratificando los mismos avisos en el *cap.* 20. *ses.* 25. *de Reformat.* concluye en términos expresivos acerca de la residencia: *Adeoque ea in re quisque officium suum sedulo præstet; quo cultus divinus devote exerceri et prælati, cæterique clerici in residentiis, et officiis suis quieti, et sine impedimentis cum fructu, et ædificatione populi permanere valeant.*

7 Las leyes del reino estrecharon con tanto cuidado el oficio de proteger las iglesias y sus prelados, señaladamente las disposiciones del santo Concilio de Trento, que reservaron privativamente al Consejo, como punto principal de su gobierno, todos los negócios tocantes al santo Concilio, para que velase en mantener su observancia, y no permitiese quiebra alguna en lo que tan laudablemente se estableció acerca de la disciplina de la Iglesia.

8 La *ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 1. *y las* 59. *y* 62. *cap.* 2. *y* 25. *tit.* 4. *lib.* 2., *la* 81. *tit.* 5. *de la Recop., y el auto acordado* 1. *tit.* 4. *del mismo libro* (Ley 8. tit. 5. lib. 12.: ley 1. tit. 4. lib. 2.: ley 6. tit. 5. lib. 4.: ley 10. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) señalan la suprema autoridad que se ejerce á nombre de S. M. en hacer guardar y cumplir la santa ley y mandamientos de Dios, en la proteccion del santo Concilio de Trento, y en general en todos los puntos de la disciplina de la Iglesia; y asi lo reconocen todos los autores con sólidos fundamentos, señaladamente Eusebio Panfilio,

*de vita Constantini lib.* 4. *cap.* 24. pues refiere que este Emperador habla á los obispos en los términos siguientes: *Vos quidem in iis, quæ intra ecclesiam sunt, episcopi estis: ego verò in iis, quæ extra geruntur, episcopus à Deo sum constitutus. Itaque consilia capiens dictis congruentia, omnes imperio suo subjectos episcopali solicitudine gubernabat, et quibuscumque modis poterat, ut veram pietatem consectarentur, incitabat*: Natal Alejandro en la Historia eclesiástica del siglo IV *disertacion* 21. *propos.* 2.: Salced. *de Leg. politic. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 56.: Narbona en la *ley* 59. *tit.* 4. *lib* 2. *glos.* 2.; y Salg. *de Supplicat. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 29.

9 Jesucristo instituyó y encomendó el gobierno de la Iglesia á los obispos, presbíteros y ministros, incluyéndose en esta última clase los diáconos y demas inferiores. Este es el órden de la gerarquía eclesiástica, que ni puede mejorarse ni variarse, y cualquiera falta suya seria muy notable en la Iglesia, y traeria gran daño, especialmente la de los obispos, siendo esta la causa que estimuló en las vacantes el cuidado de los concilios, cánones y de las leyes reales, á mandar se eligiesen y nombrasen obispos sucesores con la brevedad posible, sin dilatarla por mas tiempo que el de tres meses, para que en igual término pudiese recibir su consagracion, perfeccionar y completar todas las autoridades necesarias y conducentes al mejor gobierno de sus iglesias, edificacion y aprovechamiento de los fieles. Y si por algun accidente culpable se dilatase la ejecucion de lo que en estos artículos disponen y mandan las escrituras sagradas, los concilios y cánones, ejercitan los reyes su poder y autoridad para que se les dé entero y efectivo cumplimiento, protegiendo y defendiendo á las iglesias del grave daño que padecen en sus vacantes. Estas son las proposiciones que forman por su órden los presupuestos y el objeto de la real proteccion; cuya verdad se demostrará cumplidamente por la letra de las enunciadas disposiciones.

10 San Pablo en el *cap.* 20. *de los hechos apostólicos, vers.* 28. dice: *Attendite vobis et universo gregi, in quo vos Spiritus sanctus posuit episcopos regere ecclesiam Dei, quam acquisivit sanguine suo.* El concilio de Trento, *ses.* 23. *cap.* 4. *de Sacramento Ordinis*, declara: *Præter cæteros ecclesiasticos gradus, episcopos, qui in Apostolorum locum successerunt, ad hunc hierarchicum ordinem præcipue pertinere; et positos, sicut idem Apostolus ait, à Spiritu sancto regere ecclesiam Dei*; y en el *cánon* 6. *de la propia sesion*: *Si quis dixerit, in ecclesia catholica non esse hierarchiam divina ordinatione institutam, quæ constat ex episcopis, presbyteris, et ministris, anathema sit.*

11 El concilio IV general, celebrado en Calcedonia año de 451, en tiempo del papa Leon I, en el cánon 25. dispone y manda que las ordenaciones de los obispos se hagan dentro de los tres meses primeros, contados desde el dia de su vacante, y solo permite prorogar dicho tiempo por alguna inexcusable necesidad, ibi: *Placuit sanctæ Synodo intra tres menses fieri ordinationes episcoporum, nisi forte inexcusabilis necessitas coegerit tempus ordinationis amplius prorogari. Si autem quis episcoporum hæc non observaverit, ipsum debere ecclesiasticæ condemnationi subjacere.*

12 El concilio Lateranense IV, celebrado en tiempo de Inocencio III, año de 1215, penetrado de los mismos sentimientos indicados en el anterior de Calcedonia, los explica aun mas abiertamente, y ratifica la enunciada disposicion, ibi: *Ne pro defectu pastoris gregem dominicum lupus rapax invadat, aut in facultatibus suis ecclesia viduata grave dispendium patiatur: volentes in hoc etiam ocurrere periculis animarum, et ecclesiarum indemnitatibus providere: statuimus ut ultra tres menses cathedralis, vel regularis ecclesia prælato non vacet: infra quos, justo impedimento cessante, si electio celebrata non fuerit, qui eligere debuerunt, eligendi potestate careant ea vice, ac ipsa eligendi potestas ad eum, qui proxime præesse dignoscitur, devolvatur. Is vero, ad quem devoluta fuerit potestas, dominum habens præ oculis, non differat ultra tres menses, cum capituli sui consilio, et aliorum*

*virorum prudentium, viduatam ecclesiam, de persona idonea ipsius quidem ecclesiæ, vel alterius, si digna non reperiatur in illa, canonice ordinare, si canonicam voluerit effugere ultionem.*

13 El concilio Toledano XII, celebrado el año de 681., recuerda en el principio del cánon 6. los daños que se padecen con la dilacion de las vacantes de obispos, ibi: *Quod in quibusdam civitatibus, decedentibus episcopis propriis, dum differtur diu ordinatio successoris, non minima creatur et officiorum divinorum offensio, et ecclesiasticarum rerum nascitur perditio.*

14 Con este presupuesto procede á disponer los medios de elegir y ordenar los obispos con la mayor brevedad posible, ibi: *Unde placuit omnibus Pontificibus Hispaniæ, atque Galliæ, ut salvo privilegio uniuscujusque provinciæ licitum maneat deinceps Toletano Pontifici, quoscumque regalis potestas elegerit; et jam dicti Toletani episcopi judicio dignos esse probaverit in quibusdam provinciis, in præcedentium sedibus præficere præsules, et decedentibus episcopis eligere successores. Ita tamen, ut quisquis ille fuerit ordinatus, post ordinationis suæ tempus infra trium mensium spatium, proprii metropolitani præsentiam visurus accedat, qualiter ejus auctoritate, vel disciplina instructus, condigne susceptæ sedis gubernacula teneat.*

15 El santo Concilio de Trento repitió sus oportunas disposiciones al mismo fin, de que las iglesias no estuviesen mucho tiempo vacantes de prelados, estrechando á los elegidos á que en el preciso término de tres meses solicitasen y obtuviesen su consagracion, declarando nulas las prorogaciones que excediesen de seis meses. Así lo ordena en el *cap.* 9. *ses.* 7. *de Reformat.*, ibi: *Ad majores ecclesias promoti munus consecrationis infra tempus à jure statutum suscipiant; et prorogationes ultra sex menses concessæ nulli suffragentur*; y en el *cap.* 2. *ses.* 23. *de Reformat.*, ibi: *Ecclesiis cathedralibus, seu superioribus, quocumque nomine, ac titulo præfecti, etiamsi sanctæ Romanæ ecclesiæ Cardinales sint, si munus consecrationis intra tres menses non susceperint, ad fructuum perceptorum restitutionem teneantur. Si intra totidem menses postea id facere neglexerint, ecclesiis ipso jure sint privatæ.*

16 De las disposiciones que van citadas se formaron el *cap.* 41. *extr. de Electione, et electi potestate*: el *canon* 11. *distinct.* 50., ibi: *Ultra tres menses ecclesiam vacare Pontifice, statuta sacrorum canonum non permittunt, ne cadente pastore dominicum gregem antiquus (quod absit) hostis insidiando dilaniet*: el 25. *distinct.* 63.: el *canon* 2. *distinct.* 65.; y el *cap.* 16. *de Elect. in Sext.*, ibi: *Quam sit ecclesiis ipsarum dispendiosa vacatio, quam periculosa etiam esse soleat, animabus, non solum jura testantur, sed etiam magistra rerum efficax experientia manifestat.*

17 San Juan en el *cap.* 10. *vers.* 11. explicó la obligacion y oficio del propio pastor y el abandono del mercenario, señalando los daños que resultarian por la falta de aquel. *Ego sum pastor bonus. Bonus pastor animam suam dat pro ovibus suis. Mercenarius autem est, qui non est pastor, cujus non sunt oves propriæ; vidit lupum venientem, et dimittit oves, et fugit; et lupus rapit, et dispergit oves: mercenarius autem fugit, quia mercenarius est, et non pertinet ad eum de ovibus*: Trident. *ses.* 6. *cap.* 1. *et ses.* 23. *cap.* 1. *de Reformat.*

18 Dos observaciones se presentan en las autoridades referidas: la primera que la falta de los obispos deja las iglesias expuestas á gravísimos daños y peligros en lo espiritual y temporal: la segunda que no pueden impedirse ni enmendarse por otras personas, ni por otro medio de gobierno, que por las que suceden legítimamente en el oficio del prelado, del modo que se estableció por institucion divina; pues todos los demas, que se encarguen del cuidado de las iglesias vacantes, serán mercenarios, y caerán en los inconvenientes delineados por san Juan en el citado *cap.* 10. *vers.* 11.

19 ¿Y sería posible que los reyes católicos mirasen gravemente oprimidas y perseguidas las iglesias, y extraviadas sus ovejas sin interponer inme-

diatamente sus eficaces oficios para redimirlas, defenderlas y protegerlas por el medio mas seguro, cual es el de la pronta eleccion y nombramiento de obispo sucesor, que es el mismo que siempre han interesado por la autoridad de sus leyes y por sus providencias en los casos de inaccion ó desidia?

20 La *ley* 17. *tit*. 5. *Part*. 1. dispone, «que cuando vacare alguna Eglesia, que tanto quiere decir, como »fincar sin Perlado, que el Dean, é los »Canónigos, que en ella se acertasen, »deben ayuntarse, é llamar á los otros »sus compañeros, que fueren en la »Provincia, ó en el Reyno, segund que »fuere costumbre de aquella Eglesia, »que vengan al dia que le señalaren á »facer la eleccion. E el tiempo en que »la deben facer es, desde el dia que »finare el Perlado, fasta tres meses al »mas tardar. E si en este tiempo no la »ficiesen, pierden ellos el poder aque»lla vez, é gánalo el Perlado mayor, »que es mas cercano, á quien son te»nudos de obedescer por derecho:» *ley* 8. *tit*. 16. *Part*. 1., *ibi*: «Mas si »vacase la Eglesia Cathedral, ú otra »en que oviesen de facer Perlado por »eleccion, si non lo eligiesen fasta tres »meses, pasa el poderío de facer Per»lado al otro primero mayoral, así co»mo es dicho en el título de los Per»lados.»

21 El mismo cuidado y diligencia han puesto y recomendado los reyes de España en la presentacion y nombramiento de los arzobispados y obispados que les pertenece por derecho de patronato, y por otros justos y antiguos títulos, velando constantemente con religioso celo en que la cámara consulte con la brevedad posible personas dignas para estas prelacías.

22 La *ley* 18. *tit*. 5. *Part*. 1. tratando de la autoridad que tienen los reyes en la eleccion y nombramiento de los obispos, dice «que han esta ma»yoría, y honra por tres razones: La »primera, porque ganaron las tierras »de los moros, é ficieron las Mezqui»tas Eglesias, é echaron de y el nome »de Mahoma, é metieron y el nome de »nuestro Señor Jesuchristo. La segun»da, porque las fundaron de nuevo en »logares donde nunca las ovo. La ter»cera, porque las dotaron, é demas les »ficieron mucho bien, é por eso han »derecho los Reyes de les rogar los Ca»bildos en fecho de las elecciones, é »ellos de caber su ruego.»

23 La *ley* 14. *tit*. 3. *lib*. 1. *de la Recop*. (Ley 1. tit. 14. lib. 1. de la Nov. Recop.) dice: «Y de las Prelacías, y Dig»nidades mayores, siempre los Santos »Padres proveyeron á suplicacion del »Rey, que á la sazon reynaba, y como »quiera que esta loable costumbre tie»ne fundamento y aprobacion de de»recho, en favor de la dignidad, y pre»eminencia de nuestra Real Magestad:» *ley* 1. *tit*. 6. *lib*. 1. (Ley 4. tit. 17. libro 1. de la Nov. Rec.), *ibi*: «Por de»recho, y antigua costumbre, y jus»tos títulos, y concesiones Apostólicas »somos Patronos de todas las Iglesias »Cathedrales de estos Reynos, y nos »pertenesce la presentacion de los Ar»zobispados, y Obispados, y Prelacías, »y Abadías Consistoriales de estos Rey»nos, aunque vaquen en Corte de »Roma.»

24 Pues si los reyes por solo este oficio estan en la mas estrecha obligacion de proteger y defender las iglesias, señaladamente en sus vacantes, haciéndolas proveer de prelados con la brevedad posible en el tiempo que señalan los cánones, con mayor razon deben hacerlo y solicitarlo los que unen el derecho de patronato. Y con efecto han sido constantes los señores reyes de España en este religioso celo, como se acredita de las leyes citadas y otras posteriores, y de sus particulares resoluciones, cuando han advertido alguna inaccion ó desidia en los ministros de la cámara, á quienes han confiado la consulta ó propuesta de personas dignas para estas prelacías.

25 El *aut*. 4. *tit*. 6. *lib*. 1. (Ley 1. tit. 4. lib. 4. de la Nov. Rec.) se formó de la instruccion que dió á la cámara para su gobierno el señor Don Felipe II; y al *cap*. 8. previene lo siguiente: «La provision de las Prelacías, y »de las otras Dignidades, y Prebendas »de mi Patronazgo, conviene que no »se difiera. En sabiéndose cierto haber

»vacado algo de esta calidad, terneis »mucho cuidado de que se trate luego »en la Cámara de lo que converná con»sultarme.»

26 En el *aut.* 5. *del prop. tit. y lib.* se repite la diligencia que se debe poner en que se provean con brevedad las iglesias, y da la razon: «Porque »las cosas de las Iglesias es bien, por »lo que toca á las conciencias, que su »provision se abrevie quanto se pueda, »porque no carezcan de sus Ministros, »y servicio que, como veis, es de tan»ta importancia.»

27 Entre la antigua disciplina que observaron las iglesias de España en los tres primeros siglos de elegir obispos, confirmarlos y consagrarlos por el metropolitano y sufragáneos de la provincia; y la que posteriormente se estableció, y ha continuado de nombrar y presentar los señores reyes para estas prelacías, se advierte notable diferencia en cuanto á la brevedad, de que se va tratando. En la disciplina antigua se dilataba necesariamente la confirmacion por los avisos, que se daban á los obispos sufragáneos que se hallasen en la provincia ó el reino, segun la costumbre, para que viniesen á la confirmacion del elegido; pero era mas rápida y expedita su consagracion, porque las mas veces se hacia en el mismo tiempo, como lo observó el doctísimo Pedro Aurelio, *tom.* 2. *Vindiciæ censuræ sobornicæ*, *pag.* 87. *hasta la* 90., ibi: *Atque hoc pacto factas fuisse electiones simul et consecrationes*, *de quibus nominatim apud primorum sæculorum ecclesiæ patres mentio est*, *clare patet singulas commemoranti.*

28 En el tiempo presente ha de sufrir grandes dilaciones la confirmacion de las personas que nombra y presenta S. M. para los obispados, por la distancia de la córte romana, y por retardarse los consistorios en que deben proclamarse. Esta es otra razon que obliga mas á los ministros de la cámara á proponer con la brevedad posible personas dignas para las prelacías de las iglesias catedrales, bien que si alguna vez ha retardado su consulta, la ha excitado el religioso celo de S. M. al cumplimiento de los cánones y de las leyes.

29 Así lo hizo la real órden de 15 de Setiembre de 1775, comunicada al gobernador del Consejo por el señor Don Manuel de Roda, en la cual le dice lo siguiente: «El Rey me manda »manifestar á V. S. I., como de su real »órden lo ejecuto, que V. S. I. comu»nique á la Cámara habérsele hecho »reparable su retardacion en proponer »sugetos para los Arzobispados de Se»villa y Granada, y los obispados de »Málaga, Orense y Huesca, mediante »el escrúpulo de conciencia, que causa »á S. M., el que esten vacantes tanto »tiempo, y sin Pastor propio estas »Iglesias.»

30 La cámara cumplió esta real órden inmediatamente, y procedió á consultar los enunciados arzobispados y obispados vacantes, y manifestó al mismo tiempo á S. M., en consulta de 23 del propio mes de Setiembre, las causas y consideraciones que habian motivado la dilacion de las consultas de los referidos arzobispados y obispados, esperando de la bondad y justificacion de S. M. que merecerian en su soberana comprension el mas digno aprecio. En dos artículos dividió la cámara esta consulta: el primero se reduce á que con la dilacion de la vacante se acrecentaban sus rentas, y unidas al producto de los espolios se atendia al socorro de labradores pobres, á dotar huérfanas para que pudieran casarse, y á formar montes pios en donde los cosecheros hallasen en las necesidades un competente auxilio, y no se viesen obligados á vender sin tiempo á precio ínfimo sus frutos, de que se valian los poderosos, especialmente los extrangeros comerciantes, para oprimirlos y traerlos siempre pendientes de su arbitrio: que igualmente se atendia á las iglesias para surtirlas de ornamentos y vasos sagrados, para que se celebrasen los divinos oficios con la decencia correspondiente: que se socorrian los obispos sucesores, al tiempo de entrar en su ministerio, con la tercera parte de las rentas vencidas en la vacante, excusándose por este medio de contraer empeños, como lo

hacian antes, y pudiendo esperar los tiempos oportunos para beneficiar los frutos de su dignidad; y en la reunion de todas estas obras de piedad se conseguian grandes beneficios espirituales y temporales á favor de los vasallos de S. M.

31 El segundo artículo de la consulta se reducia á manifestar á S. M. el acierto y celo, con que el cabildo de la misma iglesia catedral gobernaba el arzobispado ú obispado en tiempo de la vacante, por medio de los vicarios ó provisores que debe nombrar dentro de ocho dias, en conformidad á lo que dispone el santo Concilio de Trento en el *cap.* 16. *ses.* 24. *de Reformat.*, usando igualmente de otras facultades en los tiempos que señala el santo Concilio, especialmente en el *cap.* 10. *ses.* 7. *de Reformat.*

32 A S. M., bien consideradas las razones que expuso la cámara en su citada consulta, para justificar la dilacion de las correspondientes á los obispados vacantes, ó á excusar á lo menos su inaccion, no le merecieron el aprecio que esperaba; pues comunicó nueva real órden al secretario del patronato Don Juan Francisco de Lastiri en 11 de Enero de 1780, en los términos siguientes: «El Dean y Cabildo de »la Santa Iglesia de Palencia han diri»gido al rey la adjunta representacion, »suplicando á S. M. se digne proveer »de Prelado aquel obispado, para ocur»rir á la grave necesidad que hay de »visitar, y confirmar en la mayor par»te de sus pueblos, principalmente en »el Condado de Pernia, donde ha mas »de diez y ocho años se carece de este »espiritual socorro.»

33 «El Rey en vista de esta repre»sentacion, y atendiendo á los graves »perjuicios, que se siguen en las igle»sias de estar mucho tiempo sin Pastor »propio, que las gobierne, se ha ser»vido mandarme que la remita á V. S., »como lo executo, á fin de que la Cá»mara con la brevedad posible pro»ponga sugetos para este, y los demas »Obispados, que se hallan vacantes, »pues no bastan á aquietar la concien»cia de S. M. las razones, que expuso »la Cámara en consulta de 23 de Se»tiembre de 1775, satisfaciendo á la »Real órden, que en 15 del mismo mes »se la comunicó, con motivo de haber »retardado el consultar las Mitras, que »entonces se hallaban vacantes.» Por otra real órden de 10 de Octubre de 1748, habia mandado S. M. á la cámara consultase luego los obispados que entonces se hallaban vacantes, y que en adelante tuviese el mismo cuidado.

34 Pues si la escritura sagrada, los concilios, cánones, santos padres, leyes y todos los autores declaman con sentimientos lastimosos contra los graves daños que causan las vacantes de obispados, y no hallan otro remedio para estos males que la pronta eleccion de sucesor en materia tan espiritual, del fuero y conocimiento de la Iglesia ¿cómo podria tomarlo S. M. para discernir si el gobierno del cabildo en la sede vacante llenaba sus soberanas intenciones, ó era equivalente al de los propios obispos?

35 Veia S. M. al mismo tiempo que el gobierno de los apóstoles, y el de los obispos sus legítimos sucesores, fué instituido por Jesucristo, eligiéndolos para fundamento de la misma Iglesia, y que no debia confiarlo á otros de inferior clase y gerarquía. La direccion que toma el cabildo en las vacantes es limitada á una causa urgentísima y de inexcusable necesidad, y debe ser de tan corta duracion cual no se puede evitar, considerando aquel intervalo como sino lo hubiese habido, para salvar el permanente estado de la Iglesia, segun lo instituyó el mismo Jesucristo. Así lo estiman los autores mas graves, siendo uno de ellos el doctísimo Pedro Aurelio en su tratado, *Vindiciæ censuræ sorbonicæ pag.* 105. ibi: *Regimen enim ecclesiæ à Christo conditum, ut Apostolos, ita successores eorum, ut capita, et fundamenta sua essentialiter postulat: quia Christus non alios ecclesiastici regiminis duces, et summa capita, quam Apostolos, et iis succedentes episcopos statuit: Unde si illius caput presbyterum vel diaconum possueris, jam non habes regimen ecclesiasticum Christi, neque adeo tale, quale ad ecclesiam constituendum*

*sufficiat. Sicut enim nemo aliud fundamentum ponere potest præter id quod positum est, quod est Christus Jesus, ita nemo aliud fundamentum ponere potest præter id quod à Christo positum est, quod est fundamentum Apostolorum, et succedentium eis episcoporum. Nec refert quod, ut modo dicebatur, interdum regimen ecclesiæ presbytero committatur, quia ut jam innuimus, in ineluctabili necessitate, et hoc nisi ad breve tempus, quod moraliter pro nullo est, fieri nequit, puta quod episcopi electio, vel consecratio fiat. Sicut enim impedimentum inevitabile quo res aliqua intereipitur, non vetat quin eo ipso tempore sit vere necessaria, ita nec quin vere sit essentialis. Nam in moralibus essentiale ac necessarium eadem sunt, et essentiæ morales eædem ac necessitates. Loquimur autem de ordinaria lege Christi, et de ipsa natura regiminis ecclesiæ ab eo constituti; non de temporibus extraordinariis, cum infidelium forte violentia episcoporum creatio, et episcopalis successio perimitur. Tunc enim ecclesiarum particularium essentiale regimen, et à Christo institutum, deleri non dubium est, et violatæ divinæ legis crimen in sævitiam infidelium, vel in quoscumque alios devolvi auctores. Quare stat, et verum est, ecclesiæ regimen episcopum essentialiter recipere, nec salva divina lege posse committi presbytero, nisi ad exigui temporis spatium, quod moraliter nullum tempus nec spatium est, etsi physicum sit spatium. Morales autem res moralibus spatiis mensurantur, sicut physicæ physicis. Atque ideo cum breve illud tempus, quo regimen ecclesiæ presbytero, necessitate cogente, committi fas est, moraliter nullum censeatur, non impedit quominus, moraliter loquendo, sicut de rebus moralibus loquendum est, simpliciter verum sit, et dici debeat, ecclesiarum regimen esse essentiale episcopis, neque ab iis ad inferioris ordinis clericos, vel presbyteros, salva Christi lege, salvis quibus præsunt ecclesiis, transferri posse*; y en la *pag.* 111. concluye en los términos siguientes: *Maneat igitur nullam episcopalem potestatem, neque jurisdictionis, neque ordinis à solis presbyteris suppleri posse, salvo ecclesiæ statu: et falso esse falsius, aut episcopos ob solam consecrationem sacerdotum necessarios esse, aut sublata necessitate sacerdotum, sublatam iri necessitatem vel jurisdictionis vel ordinis episcoporum.*

36 La ordenacion de presbíteros y demas ministros, que deben servir á la Iglesia, es privativa de sus respectivos obispos, sin que puedan confiarla á otros, á no ser por justa causa y grave impedimento, precediendo su exámen y habilitacion, como se dispone en el *cap.* 10. *ses.* 23. *de Reformat.* del santo Concilio de Trento, en donde no se permite al cabildo ni aun la segunda parte de dar las dimisorias dentro del año de la sede vacante. En esto manifiesta el santo Concilio desconfianza en la aprobacion de los ministros del altar, que debiendo servir de auxilio á los obispos, les reservó con justicia la eleccion y exámen de todas las partes que los hagan recomendables, debiendo observarse en las enunciadas disposiciones que siendo el término de seis meses el señalado para que la Iglesia estuviese provista de pastor propio, ató las manos al cabildo otros seis meses mas en las licencias y dimisorias, queriendo precaver toda contingencia para que no llegase este caso; y aun pasado el año no le concede positivamente la facultad de darlas, y solo se ha deducido por consecuencia de ser limitada á un año la prohibicion.

37 En esto se conoce la falta del obispo, y que no se puede suplir por el cabildo, ni dar éste á la Iglesia aquella utilidad que logra con aquel en el culto de Dios y bien de los fieles, como lo indica el mismo Concilio en el *cap.* 3. *ses.* 21., y en el 16. *ses.* 23. *de Reformat.*

38 En las licencias ó dimisorias que concede el cabildo, para que se ordenen á título de beneficios artados dentro del año de la vacante, y en los demas fuera de este tiempo, no se logrará la confianza y satisfaccion que se asegura en el propio prelado, ni la utilidad pública en los ordenandos;

pues necesitan salir fuera de sus casas, á veces á la larga distancia y con grandes gastos, á buscar obispo que los ordene; y como por lo general recaen estas incomodidades y dispendios en personas pobres, les son insoportables.

39 Tampoco puede suplir el cabildo el sacramento de la confirmacion, que es privativo de los obispos, y dilatándose la vacante carecerán los fieles de los grandes auxilios que les presta este sacramento, y explica muy por extenso el catecismo del santo Concilio de Trento ordenado por san Pio V en su *part.* 2. *cap.* 3.

40 Aun fué sin comparacion mas débil el asilo que buscó la cámara en la distribucion, que hacia el señor colector general de las rentas de las vacantes; pues si estas entrasen con la brevedad que conviene en poder de los obispos elegidos y consagrados, correria por su mano la distribucion de todas las correspondientes á su dignidad, y la harian con el acierto, igualdad y justicia que han esperado y confiado siempre de ellos los cánones y las leyes, por ser los obispos unos limosneros natos y procuradores activos de los mismos pobres. Jesucristo dejó dos ejemplos notables de esta verdad: uno cuando hizo repartir los siete panes y algunos pececillos, como refiere san Mateo en el *cap.* 15. *vers.* 36. *Et accipiens septem panes, et pisces, et gratias agens, fregit, et dedit discipulis suis, et discipuli dederunt populo*; siendo bien digno de notar haber puesto en manos de los apóstoles todo lo que se debia dar y repartir á los pobres. En los mismos términos se explicó san Marcos en el *cap.* 8. *vers.* 6.: *Accipiens septem panes, gratias agens fregit, et dabat discipulis suis, ut apponerent, et apposuerunt turbæ.* Lo mismo repitió Jesucristo en igual caso, segun lo refieren san Mateo *cap.* 14. *vers.* 19.: san Marcos *cap.* 6. *vers.* 41.; y san Juan *cap.* 6. *vers.* 11.

41 Fué tan permanente el oficio de los apóstoles en repartir á los cristianos, que los seguian por oir su doctrina, lo que ofrecian otros á su disposicion, que no teniendo todo el tiempo necesario para llenar este encargo, por ocuparlo en el principal de predicar el santo Evangelio, se excitó por los griegos una especie de queja, que para sosegarla los obligó á elegir siete de sus discípulos varones justos, que atendiesen al socorro de los pobres, como se expresa en el *cap.* 6. *de los hechos apostólicos.*

42 Escribiendo san Pablo á los de Corinto, en su *carta* 1. *cap.* 16. los excita á que den para el socorro de los pobres lo que les dictare su caridad: *De collectis autem, quæ fiunt in sanctos, sicut ordinavi ecclesiis Galatiæ, ita et vos facite.* Este oficio de limosnero y procurador de los pobres lo recomendó el mismo santo Apóstol encarecidamente á Timoteo, en su *carta* 1. *cap.* 5. *vers.* 16., pues le dice: *Siquis fidelis habet viduas, subministret illis, et non gravetur ecclesia, ut iis, quæ vere viduæ sunt, sufficiat.* Dos observaciones se presentan en esta sagrada autoridad, y en las anteriores que se han citado: una la preferencia que dan á las viudas honestas y á los pobres, que por su calidad no pueden pedir públicamente limosna, cuales son aquellos que llama el Apóstol santos; y otra que para distribuir entre ellos las rentas de las iglesias, debe preceder el que no puedan socorrerlos sus parientes, en quienes reconoce el Apóstol la primera obligacion.

43 San Gregorio, escribiendo al obispo napolitano Pascasio, en su *carta* 29. *lib.* 9. califica la preferencia indicada, pues señala la cuota con que se deben distribuir á los pobres dichas rentas, explicándose en los términos siguientes: *Hominibus honestis, et egenis, quos publice petere verecundia non permittit, solidi centum quinquaginta:::: reliquis vero pauperibus, qui eleemosynam publice petere consueverunt, solidi triginta sex.* Por eso notó oportunamente Van-Spen *part.* 2. *tit.* 32. *cap.* 6. *n.* 13. *in fin.* que las limosnas de los pobres honestos deben ser mucho mayores, cuanto va de ciento y cincuenta, que les señala san Gregorio, á treinta y seis que reserva para los pobres mendicantes.

44 San Juan Crisóstomo, siguiendo el propio intento, en la *homil.* 43. *sobre el citado cap.* 16. *de la carta* 1. *de*

*san Pablo á los de Corinto*, persuade la obligacion de contribuir con los diezmos y primicias, con el fin de socorrer los pobres. *Multum enim ut huc conferat non postulo, sed tantummodo quantum vel infantes pueruli, vel miseri, et egeni homines peterent, tantum nos, qui cœlum speramus, demus*; y en la *homil. 4. sobre el cap. de san Pablo á los de Efeso*, hablando del mismo asunto de contribuir con los diezmos, persuade y convence esta obligacion con dos poderosos argumentos ó comparaciones, ibi: *Si cum pemitteretur indulgentius possessio facultatum, cum liceret fructum ex illis decerpere, curam adhibere congerendis opibus, tanta tamen providentia consulebatur pauperum sublevandæ inopiæ; quanto magis cum admoneremur semel excutere à nobis omnia? Quid enim illi non faciebant? Decimas et rursus decimas alias conferebant in pios usus, puta, orphanorum, viduarum, proselytorum.*

45 San Gregorio, *sobre el cap.* 3. *del Profeta Malachias*, forma el mismo argumento y comparacion entre los judíos y cristianos, persuadiendo la mayor obligacion que tenian estos de contribuir con los mismos diezmos que aquellos, y señala los mismos fines indicados, ibi: *Ut pauperibus partem demus ex toto, et sacerdotibus, et levitis honorem debitum deferamus. Unde dicit Apostolus: honora viduas, quæ vere viduæ sunt, et presbyterum duplici honore honorandum, maxime qui laborat in verbo, et doctrina Dei.* Igual obligacion recuerda á los obispos el santo Concilio de Trento en el *cap.* 1. *ses.* 25. *de Reformat.*

46 La *ley* 12. *tit.* 28. *Part.* 3., hablando de los prelados eclesiásticos dice: «Porende les fué otorgado que de »las rentas de la Eglesia, é de sus here»dades, oviesen de que bevir mesurada»mente: é lo demas, porque es de Dios, »que lo despendiesen en obras de pie»dad, así como en dar á comer, é á ves»tir á los pobres, é en facer criar los »huérfanos, é en casar las vírgenes po»bres, para desviarlas, que con la po»breza non ayan de ser malas mugeres; »é para sacar cativos, é reparar las Egle»sias, comprando cálices, é vestimentas, »é libros, é las otras cosas, de que fue»ren menguadas, é en otras obras de »piedad semejante destas:» *ley* 5. *cap.* 5. *tit.* 2. *lib.* 5. *de la Recop.* (Ley 7. título 3. lib. 10. de la Nov. Recop.) *ibi*: «Que entre las demas mandas forzosas »de los testamentos, entre de aquí »adelante la de casar mugeres huérfa»nas, y pobres, y que aya obligacion de »dexar alguna cantidad para esto: y en»cargamos á los Prelados el recoger, y »poner á buen cobro, y recaudo, y em»plear las dichas mandas.»

47 La *ley* 42. y la 46. *Cod. de Episcop. et Cler.* recomiendan mucho el oficio y potestad de los obispos, no solo en distribuir sus rentas y las de las iglesias en causas pias, sino en intervenir con toda su diligencia y cuidado en que se cumplan fielmente las fundaciones piadosas, cuya ejecucion se confia al celo, integridad y juicio de los obispos. Igual potestad y confianza explicó el santo Concilio de Trento en los *cap.* 8. *y* 9. *ses.* 22. *de Reformat.*; y la misma tenian en lo antiguo para distribuir las rentas, que por su muerte dejaban los prelados antecesores, llamadas espolios, y las causadas en la vacante, como se demostró mas largamente en el capítulo doce de la segunda parte, en que traté de intento de este punto.

48 Por todo lo expuesto se convence que los obispos llenan todas las obligaciones en lo espiritual y temporal de sus rentas, y que ningun otro lo puede hacer tan cumplidamente, ni suspenderse su eleccion con las causas que indicó la cámara en su citada consulta de 23 de Setiembre.

## CAPÍTULO VIII.

*De la proteccion que imparten los señores reyes á los cabildos de las iglesias catedrales, para mantener y restablecer la disciplina en lo correspondiente á sus oficios y ministerios.*

1 Los cabildos hacen un cuerpo con sus obispos: estos son la cabeza, aquellos los miembros, y todos forman un senado ó consistorio en donde se acuerdan con su consejo las resolucio-

nes de los negocios graves, que tocan al bien general de la Iglesia, y estan principalmente al cargo del obispo, viniendo á ser los canónigos unos asesores y consejeros natos suyos, que le ayudan con su dictámen y ministerio.

2 Esta es la disciplina que observó la Iglesia desde sus principios. Atentos siempre los obispos al acierto de sus resoluciones, no confiando de su solo dictámen, consultaban con el clero de su iglesia, que se componia en lo antiguo de presbíteros y diáconos. Fué con el tiempo creciendo mucho el número de estos, y como la multitud trae de ordinario confusion, elegian entonces los obispos de entre el mismo clero aquellas personas que consideraban mas á propósito para el fin referido; y de aquí tomaron el nombre de canónigos catedrales, por estar mas cerca de la cátedra de los obispos, y recibieron, por los negocios graves en que se ocupaban, preferente honor al resto del clero, habiéndose subrogado en el mismo grado y lugar los cabildos de las iglesias catedrales. Esta ha sido una disciplina constante desde los primeros siglos de la Iglesia, de la cual recogieron los mas preciosos monumentos Tomasin. *p.* 1. *lib.* 3. *cap.* 7., *y* Van-Spen *in Jus Canonic. tom.* 1. *p.* 1. *cap.* 1. *tit.* 8.

3 El santo Concilio de Trento *ses.* 24. *cap.* 12. *de Reformat.* resume en su principio todas las partes del oficio de los canónigos y dignidades de las iglesias catedrales, ibi: *Cum dignitates in ecclesiis, præsertim cathedralibus ad conservandam, augendamque ecclesiasticam disciplinam fuerint institutæ, ut qui eas obtinerent, pietate præcellerent, aliisque exemplo essent, atque episcopos opera et officio juvarent, merito qui ad eas vocantur, tales esse debent, qui suo muneri respondere possint*: continúa al fin de este mismo capítulo refiriendo las calidades que deben tener, y concluye: *Ut merito ecclesiæ senatus dici possit.*

4 No pueden los citados canónigos y dignidades excusarse de prestar al obispo todos los auxilios de su consejo y dictámen para el acierto de los negocios graves, en que se interesa el beneficio general de la Iglesia en sí misma y en los fieles que están á su cargo; ni es libre el obispo en confiarlos de su propio dictámen, sin consultar con el cabildo, y acordar sus resoluciones con arreglo á lo que disponen los concilios y cánones, en los cuales tenemos repetidos ejemplares de esta verdad. En el citado *cap.* 12. *ses.* 24. *de Reformat.* se dispone que en todas las iglesias catedrales todos los canonicatos y porciones tengan anejo órden de presbiterato, diaconato ó subdiaconato; y para señalar el número de estas clases, manda al obispo que lo ejecute con consejo de su cabildo, ibi: *Episcopus autem cum consilio capituli designet, ac distribuat, prout viderit expedire, quibus quisque ordo ex sacris annexus in posterum esse debeat.*

5 El mismo santo Concilio de Trento, en el *cap.* 18. *ses.* 23. *de Reformat.*, manda erigir colegios ó seminarios, en donde se crien y eduquen personas que puedan servir dignamente á la Iglesia, á cuyo fin advierte lo que conviene y debe observarse. Y aunque principalmente lo deja al cuidado del obispo, requiere sin embargo que su determinacion se acuerde en todo con dos de los canónigos ancianos y graves que eligiere: *Quæ omnia, atque alia ad hanc rem opportuna, et necessaria, episcopi singuli cum consilio duorum canonicorum seniorum, et graviorum, quos ipsi elegerint, prout Spiritus sanctus suggeserit, constituent, eaque ut semper observentur, sæpius visitando operam dabunt.*

6 Deben asimismo ser llamados dichos canónigos, y asistir á los concilios diocesanos y provinciales, para que pesado y meditado su consejo, y las razones en que lo funden, se acuerden con mas sano y maduro acierto las resoluciones, que deben mirar como propio y principal objeto suyo el bien general y particular de las iglesias. Esta es una doctrina conforme á la disciplina presente de la Iglesia, y á las autoridades que recoge y extiende el señor Benedicto XIV *en su tratado de Synodo Diœcesana lib.* 3. *cap.* 4.: Fagnan. *sobre el cap.* 10. *de His, quæ fiunt à prælato sine consensu capituli. n.* 37., y otros muchos que deducen esta con-

clusion del *cap.* 2. del Trident. *ses.* 24. *de Reformat.*

7 La misma concurrencia y voto consultivo deben tener en otros muchos negocios graves, que quiera tratar y resolver el obispo. Algunos de estos se indican en el capítulo 4. *extra, de His, quæ fiunt á prælato*, reprobando que el obispo tome consejos de otros, y desprecie el de los canónigos en los negocios de la Iglesia, ibi: *Novit tuæ discretionis prudentia qualiter tu, et fratres tui unum corpus sitis, ita quod tu caput, et illi membra esse probantur. Unde non decet te, omissis membris, aliorum consilio in ecclesiæ tuæ negotiis uti, cum id non sit dubium et honestati tuæ, et sanctorum Patrum institutionibus contraire*; et ibi, cap. 5. *Fraternitati tuæ mandamus, quatenus in concessionibus, et confirmationibus, et aliis ecclesiæ tuæ negotiis fratres tuos requiras, et cum eorum consilio vel sanioris partis, eadem peragas et pertractes, et quæ statuenda sunt statuas, et errata corrigas, et evellenda dissipes, et evellas.*

8 Hay otros negocios en que asisten los cabildos al obispo no solo con su consejo sino tambien con su consentimiento; y de estos se hace igualmente particular mencion en los cánones, que no se refieren por no ser del intento de este capítulo, cuyo único objeto es demostrar la union que deben mantener el obispo y los canónigos, como miembros que forman un cuerpo para tratar y acordar lo mejor y mas conveniente al beneficio de las iglesias y de los fieles, que están á su cargo. Estos importantes fines no podrian lograrse si se dividiesen la cabeza y los miembros; antes bien resultarian de esta division graves daños y escándalos, que trascenderian tambien al estado temporal de la república; y el temor de que sucedan estos males por el rompimiento y discordia entre el obispo y su cabildo, ha llamado siempre el cuidado de los reyes á precaverlo y atajarlo con las providencias mas oportunas en uso de su proteccion, y potestad económica y tuitiva, de que hay, y he visto repetidos ejemplares con buenos sucesos, que han restablecido prontamente la paz y tranquilidad de estos cuerpos eclesiásticos, que forman una parte muy distinguida de la república.

9 Los mismos oficios de proteccion dispensan los señores reyes á los cabildos, cuando nace y se fomenta la discordia entre sus individuos, de que son mas frecuentes los ejemplares que vienen y se remiten por S. M. á la cámara; y aun están pendientes las resultas de uno bien ruidoso y dilatado.

10 Poco adelantaria la caridad y amor de los cabildos con los obispos, y su recíproca fiel correspondencia si los canónigos y dignidades no tuviesen todas las calidades necesarias para llenar su oficio y ministerio, especialmente en el consejo y deliberacion de los graves negocios, en que lo hayan de dar al obispo; y á este propósito las pide y encarga en el santo Concilio de Trento en *el citado cap.* 12. *ses.* 24. *de Reformat.*

11 Una de las calidades mas precisas en lo general del estado eclesiástico es la sabiduría, porque su oficio es enseñar la ley evangélica, exhortar á los fieles á la santa doctrina, y convencer á los que la contradicen, como lo explicó el apóstol san Pablo *en su carta á Tito, cap.* 1. *v.* 9. ibi: *Ut potens sit exhortare in doctrina sana, et eos, qui contradicunt, arguere*: Malach. *cap.* 2. *vers.* 7. *Labia enim sacerdotis custodient scientiam, et legem requirent ex ore ejus*: *quia Angelus Domini exercituum est*: Ecclesiast. *cap.* 3. *vers.* 32. *Sapiens cor, et intelligibile abstinebit se à peccatis, et in operibus justitiæ successus habebit*; y en el libro de la Sabiduría *cap.* 3. *vers.* 11. ibi: *Sapientiam enim et disciplinam qui abjicit, infelix est*; *et vacua est spes illorum, et labores sine fructu, et inutilia opera eorum.*

12 El concilio general Lateranense III, celebrado en el año de 1169 capítulo 3., hace el preliminar ó supuesto siguiente: *Cum in sacris ordinibus, et ministeriis ecclesiasticis, et ætatis maturitas, et morum gravitas, et scientia litterarum sit inquirenda*: continúa despues explicando las calidades que deben tener los eclesiásticos para ser elegidos al obispado; y las correspon-

dientes á los ministros inferiores, exigiendo de necesidad en unos y otros la ciencia correspondiente. De esta disposicion del santo Concilio se formó el *cap. 7. ext. de Elect.*, y fueron en todos tiempos tan cuidadosos en su observancia la Iglesia y sus prelados, que excitaron con premios, privilegios y fueros á los que enseñasen, ó estudiasen en las universidades, y aun obligaban á los que servian en las iglesias á que á expensas de sus rentas pasasen á los estudios generales, dispensándoles su residencia, con goce de frutos de los beneficios que poseian, y otras gracias que constan por menor de los concilios y cánones.

13 El concilio de Palencia, celebrado en el año de 1522, manifiesta en el cap. 20. no solo la utilidad que logran las iglesias con los estudios de los eclesiásticos, sino la necesidad de que los obispos envien á lo menos dos de cada diez de los que sirven en ellas á las universidades, gozando enteramente los frutos de sus beneficios todo el tiempo que estuviesen en ellas con aprovechamiento.

14 Alejandro III, Inocencio III y Honorio III, atendieron con igual favor á los clérigos que estudiaban en las universidades, segun consta de los *cap. 4. y 12. de Clericis non residentibus*, y *del último de Magistris* con los cuales conforma el *cap. 2. de Privilegiis in Sext.*

15 El papa Inocencio IV en su famosa bula, expedida el año de 1431, ratificó y extendió los privilegios de ganar los frutos á los que enseñasen ó estudiasen en la universidad de Salamanca, aunque fuesen de prebendas de iglesias catedrales, colegiatas, y aun de beneficios curados. Así se ha observado constantemente no solo en dicha universidad sino tambien en las demas del reino, calificándose con repetidas decisiones de los tribunales, que refiere el P. Mendo *en su Tratado de Jure Academic. lib. 2. quæst. 24. n. 270.*

16 El santo Concilio de Trento, considerando profundamente lo que importa á las iglesias tener ministros de ciencia, los excita al estudio en las universidades ó seminarios clericales, ratificándoles los mismos privilegios de percibir los frutos de las prebendas y beneficios, todo el tiempo que se mantengan estudiando ó enseñando con aprovechamiento: *cap. 1. ses. 25.*

17 El concilio Lateranense IV, celebrado el año de 1215, cánon 29, ratifica lo dispuesto en el Lateranense III can. 13. y 14., acerca de prohibir la retencion de muchos beneficios cóngruos, estrechando y gravando esta prohibicion con mayores penas; y esta disposicion general, en cuya observancia interesa tanto la Iglesia, permite que su santidad la pueda dispensar con dos clases de personas; es á saber, con las de sublime nacimiento y sangre, y con las muy literatas, ibi: *Circa sublimes tamen et litteratas personas, quæ majoribus sunt beneficiis honorandæ, cum ratio postulaverit, per Sedem apostolicam poterit dispensari.* De esta disposicion se formó el *cap. 28. ext. de Præbendis*, al cual y á su espíritu se arregló la *ley 3. tit. 16. Part. 1. ibi*: «Pero el Papa puede otorgar á un »Clérigo que aya dos Dignidades, ó dos »Eglesias, é mayormente á los fijosdal»go, é á los Letrados; ca estos deven »aver mejoría en los Beneficios, mas »que los otros, é non lo puede otro »Perlado facer.»

18 El santo Concilio de Trento, *en el cap. 17. ses. 24. de Reformat.*, estrechó mas la enunciada prohibicion, y declaró nulas las dispensaciones que hasta entonces se hubiesen expedido, para retener dos iglesias catedrales ó parroquiales; pero en cuanto á los demas beneficios dejó expedita la facultad del papa para dispensar la union con justa causa, y en los términos que dispone el citado concilio IV Lateranense.

19 Por toda la série de los concilios y cánones referidos se manifiesta el interes y utilidad de la Iglesia, en que sus individuos esten adornados de la ciencia necesaria y sublime, que los habilite al mejor cumplimiento de sus ministerios, y esto es lo que quiso y exhortó el mismo santo Concilio de Trento *en el referido cap. 12. ses. 24. de Reformat.* ibi: *Hortatur enim S. Synodus, ut in provinciis, ubi id commo-*

*de fieri potest, dignitates omnes, vel saltem dimidia pars canonicatuum in cathedralibus ecclesiis, et collegiatis insignibus, conferantur tantum magistris, vel doctoribus, aut etiam licenciatis in Theologia vel Jure canonico.*

20 S. M. se ha esmerado tanto en proteger este ramo de disciplina, y en promover su adelantamiento que serán muy pocos los que se hallen en las iglesias catedrales ó colegiatas insignes, nombrados por S. M., que no sean de calificada literatura, con grados de maestros, licenciados y doctores, obtenidos en las universidades de estos reinos. Este es un hecho constante y notorio, y se ha mantenido con tanto rigor en las iglesias del antiguo real patronato, que por los estatutos de su ereccion se requiere que para obtener sus prebendas hayan estudiado á lo menos dos años teología ó derecho canónico en universidad aprobada; y si algunos han sido presentados por S. M. no teniendo esta calidad, como ha sucedido alguna vez, cuando se presentan sin consulta de la cámara por el derecho de resulta, aunque han pedido licencia para impetrar dispensacion del estatuto en esta parte, se les ha negado; de lo cual hay muchos ejemplares en la misma cámara.

21 No solo atiende S. M. á los que han adquirido ciencia sobresaliente en las universidades, sino que promueve á los estudiosos y aplicados con premios y gracias en los préstamos y prestameras, y en las pensiones sobre la tercera parte de los arzobispados y obispados de estos reinos, para que dedicándose con estos auxilios al estudio, logren las iglesias tener ministros dignos que den culto á Dios, pasto espiritual á los fieles, ayuden con su consejo y ministerio á los obispos, y hagan mas honrados y felices estos reinos en lo espiritual y temporal.

22 Los seminarios clericales, que ordenó sabiamente el santo Concilio de Trento por el *cap.* 18. *ses.* 23. *de Reformat.*, estaban en la mayor parte del reino abandonados, sin que los obispos y cabildos cuidasen, con la diligencia que era necesaria, de su ereccion, dotacion y enseñanza; pero S. M. se ha dedicado con el mas constante religioso celo á que se cumplan las intenciones de la Iglesia en unos establecimientos tan saludables, y ha logrado que se erijan muchos, se doten otros, y se arreglen sus enseñanzas al método de las que el Consejo ha establecido en las universidades, distinguiendo á los alumnos, que estudian en dichos seminarios con el mismo fuero, honores y privilegios, que gozan los que estudian en las universidades, habilitando los cursos del seminario para recibir en las de estos reinos los grados correspondientes á su clase y facultad; y aun concedió al de Murcia, por ser mayor el número de sus cátedras y mejor el arreglo de su enseñanza, que pudiera conferir el mismo seminario los grados de bachiller en filosofia, teología, cánones y leyes, no solo á los alumnos y porcionistas que residen de contínuo dentro del mismo seminario, sino tambien á los que concurren de fuera á sus estudios; y á este fin se expidieron dos reales provisiones, una en 1.° de Diciembre de 1781, por la cual vino S. M. en que la gracia de incorporacion á las universidades de Granada ú Orihuela, para que los cursos de filosofia y teología valgan á los colegiales, á fin de obtener sus grados en cualquiera universidad, se extienda igualmente á las cátedras de derecho civil y canónico desde su fundacion, para que ganando los seminaristas los cursos de leyes y cánones en el mismo seminario de san Fulgencio, prescriptos, en el plan establecido en él para su enseñanza, y bajo las reglas y método que en este se señalan, puedan obtener los respectivos grados de dichas facultades en cualquiera de las universidades aprobadas; disponiendo igualmente que la gracia concedida á los colegiales en las facultades de artes y teología, por real provision de 22 de Agosto de 1777, se extienda á los porcionistas y estudiantes de fuera del colegio, como tambien á los que debidamente cursen las cátedras de derecho canónico y civil, sin distincion de los mismos colegiales.

23 Por la segunda provision de 22 de Julio de 1783 habilitó S. M. al ex-

presado colegio seminario de san Fulgencio de la ciudad de Murcia para la colacion de grados menores en artes, teología, leyes y cánones, de igual valor y aprecio que el conferido por cualquiera de las universidades aprobadas, prévios antes los rigurosos exámenes que se hacen en ellas, y que deberán practicar en el seminario los catedráticos y maestros á puerta abierta y concurso público, despues de justificar los graduandos su asistencia contínua á las cátedras por aquel número de años establecido; es á saber tres para artes, y cuatro para teología, leyes y cánones sin dispensacion alguna.

24 Por las enunciadas reales resoluciones queda bien demostrado el constante celo de S. M. en promover la enseñanza pública, con direccion principalmente á que haya ministros que sirvan dignamente á la Iglesia, auxiliando el mismo intento de los concilios y cánones, que piden como preliminar ó supuesto para dichos encargos la ciencia competente, con la cual se hermana necesariamente la edad de los mismos ministros, por el mucho tiempo que se gasta y consume en los estudios. Con todo no seria esto suficiente sino se completase el juicioso consejo que deben dar los canónigos y dignidades á los obispos, tomándolo igualmente para sí mismos en la integridad de sus costumbres y ejemplar conducta. Este fué sin duda el fin que movió al santo Concilio de Trento á señalar la edad que debian tener los canónigos y dignidades para entrar á sus ministerios, siguiendo en esto lo que generalmente estaba antes dispuesto por los cánones.

25 Para las dignidades que tienen aneja la cura de almas, exige el citado *cap.* 12. *ses.* 24. la edad de veinte y cinco años, á lo menos, empezados: para las otras dignidades, que no tienen cura de almas, han de ser á lo menos de veinte y dos años, ibi: *Ad cæteras autem dignitates, vel personatus, quibus animarum cura nulla subest, clerici, alioqui idonei, viginti duobus annis non minores adsciscantur.* Es digno de observar el encargo que se hace en el mismo *cap.* 12. de distribuir en tres clases los canonicatos y porciones, la mitad para presbíteros y la otra mitad para diáconos y subdiáconos;.. guardando siempre la costumbre laudable de que todos ó la mayor parte sean presbíteros; y conciliando estas dos disposiciones, es preciso entender la de veinte y dos años con respecto á los canonicatos ó porciones que tengan anejo solamente el órden de subdiaconato, pues en el diaconato y presbiterato se requiere mayor edad señalada en el *cap.* 12. *ses.* 23. *de Reformat.*

26 Algunos señores arzobispos y obispos conducidos de la caridad y amor á sus parientes, y deseando proporcionarles medios decentes á su manutencion con el decoro y lustre correspondiente á su calidad, han solicitado y obtenido breves de su santidad, habilitando á sus sobrinos, para que pudieran obtener dignidades y prebendas en las iglesias metropolitanas y catedrales, sin embargo de no tener la edad que pide el santo Concilio de Trento, pues no pasaban de catorce á diez y seis años; y presentados en la cámara, se negó el pase á los dos primeros, por considerar la enunciada dispensa opuesta derechamente á lo dispuesto por el santo Concilio de Trento *en el citado cap.* 12. *ses.* 24. *de Reformat.*, al uso y costumbre general de las iglesias de España, perjudicial al culto divino y al cumplimiento de las cargas y obligaciones anejas á dichas prebendas, y que produciria notable escándalo, viendo á un jóven de tan corta edad entre compañeros ancianos y respetables; y finalmente que llegarian á repetirse estas perniciosas relajaciones de la disciplina con semejantes ejemplares, pues tenian en su mano los arzobispos y obispos el proveer con seguridad en sus parientes las dignidades y prebendas que vacasen en los meses ordinarios, prefiriendo el interes y ventajas de sus familias á la utilidad y necesidad de las mismas iglesias con gran desconsuelo del mérito y literatura de los vasallos dignos de S. M.

27 Todas estas consideraciones hicieron conocer á la cámara la obliga-

cion en que estaba de suspender la ejecucion de los citados breves; y lo conoció tambien así la soberana penetracion de S. M., pues aunque mandó por su real resolucion á consulta de la cámara en 17 de Abril de 1780, y por otra de 18 de Noviembre del propio año, que se concediese el pase á los breves indicados, se motiva esta gracia en los relevantes servicios de los dos señores arzobispos que los habian impetrado para sus sobrinos; y mandó ademas el rey que en adelante no se diesen semejantes pases para obtener prebendas ó beneficios de precisa residencia, sin preceder consulta y consentimiento de S. M.

28 Como se repitieron á poco tiempo otros dos ejemplares de haberse obtenido breves por dos señores obispos para poder proveer en sus sobrinos, que no tenian edad competente, dignidades y canongías vacantes en meses ordinarios, se confirmó el concepto que anteriormente habia indicado la cámara en sus consultas, y la necesidad de cortar en su raiz unos males tan graves y conocidos; y á este fin mandó S. M. que la cámara diese á entender reservadamente á los prelados de estos reinos que excusasen proveer los beneficios residenciales en personas que no tuviesen los requisitos que piden los sagrados cánones y el santo Concilio de Trento; pues en lo sucesivo no prestaria S. M. su consentimiento para las dispensas de edad en tales beneficios. En su cumplimiento se comunicó esta noticia por carta circular de 9 de Enero de 1787; y esta es otra prueba del celo con que protege S. M. la observancia de los cánones á beneficio de las iglesias catedrales y de sus cabildos.

29 Al propio intento de que no se dilaten las vacantes de las dignidades y canongías con menoscabo del culto divino y de las obligaciones de su instituto, ha tomado S. M. las providencias mas eficaces y oportunas; pues habiendo llegado á entender que el cabildo de la catedral de Córdoba con breve del reverendo nuncio prorogó el semestre en la canongía lectoral de su iglesia, se sirvió resolver á consulta de la cámara en 21 de Agosto de 1780, y se comunicó por cartas circulares en 31 del mismo mes á todos los prelados y cabildos de las metropolitanas, catedrales y colegiatas, que en los concursos y provisiones de prebendas de oficio observasen lo dispuesto por derecho comun y estatutos de las iglesias, y que no solicitasen dispensaciones de prorogas del semestre sin necesidad urgente, precediendo en este caso el real consentimiento á consulta de la cámara; y por otras providencias acordadas en el mismo tribunal está mandado que pasados tres meses desde la noticia de la vacante de las prebendas, que ha de presentar S. M., no se admitan memoriales de pretendientes, y se consulten sin dilacion, en conformidad á la letra y al espíritu del *auto* 4. *tit.* 6. *lib.* 1. *cap.* 8. *y* 9.

30 No ha cuidado menos S. M. de la permanente residencia de los canónigos y dignidades en sus iglesias, por ser uno mismo su objeto, en que se dé dignamente culto á Dios, y se llenen las demas obligaciones que corresponden á su oficio, y van indicadas.

## CAPÍTULO IX.

*La cámara conoce privativamente, con inhibicion de Consejo, chancillerías y audiencias, de las fuerzas que hacen los jueces eclesiásticos en las causas del real patronato.*

1 En las remisiones al *tit.* 6. *lib.* 1. *de la Recop. n.* 6. se dice lo siguiente: «Los artículos de fuerza de qualesquiera Jueces eclesiásticos se traen y determinan en la Cámara, en todo lo »que es, ó fuere tocante al Patronazgo, y negocios de que en ella se conoce.»

2 Esta advertencia une el recurso de fuerza al conocimiento en lo principal; y siendo este privativo de la cámara, debe serlo tambien el de las fuerzas. No se limita á lo tocante al patronazgo, pues se extiende á los negocios de que se conoce en la cámara, y está es otra prueba de la union de este incidente con lo principal de la causa.

3 El *auto* 4. *tit.* 6. *lib.* 1. (Ley 1.

tit. 4. lib. 4. de la Nov. Recop.) se formó de la instruccion que dió á la cámara el señor Don Felipe II en 6 de Enero de 1588, y al capítulo 2. dispone, «que en la Cámara se vean de »aquí adelante todos los negocios to»cantes á mi Patronazgo Real de la »Iglesia en estos mis Reynos de Casti»lla, y el de Navarra, y Islas de Cana»ria, de qualquier calidad que sean, »así los que fueren de justicia, como »de gracia.» El *auto* 5. *siguiente* ratifica lo dispuesto en el anterior, y añade «que no se remitan al Consejo, ni »á otro Tribunal, y que se tenga mu»cho cuidado, que esto, y demas que »tocare al Patronazgo Real, se despa»che, y acabe en la Cámara con bre»vedad.»

4 Los *autos* 6. *y* 7. *del prop. tit. y libro* (Ley 12. tit. 2. lib. 2., y 13. título 17. lib. 1. de la Nov. Recop.) estrechan mas la observancia de lo dispuesto en los dos anteriores, repitiendo la inhibicion del Consejo y de otro cualquiera tribunal, y añade, «que tenga »la Cámara no solo el conocimiento de »las causas y negocios del Patronazgo »Real por via de justicia, sino tambien »de todo lo anexo y dependiente de »ellas, en qualquier manera que sea.» Esta última cláusula bastaria para convencer que el recurso de fuerza en las referidas causas del patronazgo real, debia venir privativamente á la cámara, y determinarse en ella; pero á mayor abundamiento, y para remover toda duda, se dispone particularmente en cuanto á dicho recurso de fuerza en el mencionado *auto* 6., «que si las »partes á quien tocaren algunos de los »dichos negocios, acudiesen al Consejo »Real por via de fuerza, donde se co»nocia dellos, que en tal caso den las »Provisiones que fueren necesarias, »para traer al Consejo los dichos pro»cesos; en el cual se vea, y determine »en el artículo de si ay la dicha fuer»za, ó no, lo que fuere de justicia por »los tres Ministros del mismo Consejo, »que lo son de la Cámara, y por los »que adelante fuesen de ella; hallán»dose presente el Secretario del Patro»nazgo Real, á quien se manden entre»gar para este efecto los dichos proce»sos, y papeles originales, y faltando »alguno de los tres Jueces, entrará en »su lugar el Presidente, ú otro Oidor »del mismo Consejo, que él nombra»re, y no otra persona alguna.»

5 Si la vista y determinacion de los artículos de fuerza en las causas tocantes al real patronato es propia y privativa de los ministros de la cámara, y el informar del proceso original corresponde al secretario del mismo patronato, ninguna parte tiene en estos artículos el Consejo real ni sus ministros, y es un accidente que se junten los de la cámara en el Consejo con los secretarios del patronato para ver los procesos de la fuerza, y declarar si la hay ó no, procediendo esta concurrencia al Consejo, de que en aquel tiempo no habia otro lugar señalado para tratar los negocios pertenecientes á la cámara.

6 El señor Don Felipe II en la citada instruccion de 6 de Enero de 1588 previno al cap. 3. que para el despacho de todos los negocios que ocurriesen en la cámara, se debian juntar los ministros destinados para ella con el presidente en la pieza que señalaria; y no consta que lo hubiese hecho en el corto tiempo que medió hasta el dia 17 de Marzo de 1593, que es la fecha del citado *auto* 6.; y acaso no se publicaria la enunciada instruccion, pues hablando de ella el señor Ramos, *lib.* 3. *cap.* 56. *n.* 3. dice: *Quæ in cameræ scriniis reposita, et ignota diu*: en el cap. 7. ratifica el expresado señor Don Felipe II mas estrechamente el conocimiento privativo de la cámara en todos los negocios del real patronato, y que con solo pedirse, ó excepcionarse, ó defenderse como de tal patronazgo, basta para que ni el Consejo ni otro tribunal alguno conozca, ni se entrometa en semejantes causas, quedando á las partes solo el recurso de la fuerza para el dicho Consejo real, en el caso y en la forma que se contiene en la dicha cédula de 17 de Marzo de 1593.

7 En esta última cláusula deja á las partes el arbitrio de recurrir al Consejo por via de fuerza en las enunciadas causas, suponiendo que en es-

tos artículos tiene alguna parte el Consejo, y con efecto le correspondia la expedicion de la provision ordinaria para que el juez eclesiástico remitiese los autos originales á este tribunal con emplazamiento á los interesados, mandándolos pasar inmediatamente en la misma provision al secretario del real patronato. En este acto preliminar, que no es parte del juicio ni de la decision de la fuerza, acaba la autoridad del Consejo, y empieza la de la cámara, cómo se previene en el *auto* 6. (Ley 12. citada), que es la cédula de 17 de Marzo de 1593, á que se refiere en este incidente de la fuerza el mencionado *auto* 7. (Ley 13. citada).

8 En el *auto* 8. (Ley 13. tit. 2. libro 2. de la Nov. Recop.), que se formó á consulta de la cámara de 28 de Agosto de 1608, se dispone lo siguiente: «Visto lo que representais, tengo »por bien que las causas de mi Real »Patronato en los recursos de fuerza »se vean por los de la Cámara en pre»sencia del Presidente, sin mas Jueces »en la Sala de Gobierno, y que em»bie los de ella á otras Salas.» Aquí se advierten dos novedades: una señalar la sala de gobierno para la vista y determinacion de los recursos de fuerza; y otra que se vean por los de la cámara en presencia del presidente sin mas jueces en la sala de gobierno, y que envien los de ella á otras salas.

9 El *auto* 15. *del prop. tit.* 6. *lib.* 1. (Ley 14. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Rec.), *su fecha* 16 *de Julio de* 1702, confirma en su espíritu y en su resolucion el conocimiento privativo de la cámara en las causas del patronato real, y el que igualmente la corresponde con inhibicion del Consejo en el artículo de fuerza de conocer y proceder. El asunto se reduce á que los capellanes del hospital del Rey, extramuros de la ciudad de Burgos, presos de órden de la abadesa del monasterio de las Huelgas, recurrieron al nuncio de su santidad en estos reinos en queja de los procedimientos de la abadesa; y habiendo expedido sus despachos agravatorios, acudió la abadesa á la cámara por via de fuerza de conocer y proceder, fundándola en ser el cabildo de comendadores, y su hacienda fundacion real. El nuncio y los comendadores se quejaron de que intentase la cámara conocer de las fuerzas de la nunciatura, que suponian estar reservadas al Consejo. Visto en él este incidente, consultó á S. M. en 7 de Julio de dicho año de 1702 que la cámara podia mandar al notario de la nunciatura ir á hacer relacion de los autos del nuncio, y si estimase corresponder al patronazgo real, retenerlos, cuyo remedio era mas lleno y mas propio para la defensa del patronato que el recurso vulgar de fuerza; y con este dictámen se conformó S. M.

10 La retencion supone la fuerza que hace el nuncio en conocer y proceder, y no hay mas diferencia de ella al recurso vulgar de fuerza que la de declararse en este, y la de estimarse ó suponerse en aquella, viniendo á concluirse que la cámara conoce privativamente de la fuerza que hacen el nuncio y demas jueces eclesiásticos en las causas del patronato real. ¿Pues cómo se podrá dividir la fuerza y la retencion, siendo esta ejecucion y complemento de la libertad en que se ponen los vasallos de S. M., redimiéndolos de la opresion que sufrian con los procedimientos de quien no es juez competente? Y este exceso, nulidad y atentado forman todas las partes de la fuerza en conocer y proceder.

11 Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 10. *n.* 202. asegura que si el ordinario eclesiástico no cumpliese la cédula de presentacion expedida por S. M. en las prebendas y beneficios de su real patronato, recurre la parte á la cámara, por la cual, precedida la conveniente instruccion, se expide sobre cédula, bajo las penas y apercibimientos que señalan las leyes contra los eclesiásticos que no obedecen y cumplen los justos mandamientos del rey.

12 Dejando establecido este medio por mas comun, dice que de la negligencia ó repugnancia del ordinario en instituir y colar el beneficio al presentado por S. M., se puede apelar y acudir al nuncio para que compela al ordinario al cumplimiento efectivo de la presentacion, sin que se mezcle en co-

nocer del derecho del patronato real, ni del proceso formado en el Consejo de la cámara, sino únicamente de las intimaciones de las cédulas reales de presentacion, y de la negligencia y contumacia del ordinario en su cumplimiento; pues en el caso que quiera conocer en alguna manera del derecho del patronato real ó de algun artículo ó cuestion incidente, se le manda remitir el proceso al Consejo de la cámara, en donde se queja la parte de la violencia del nuncio, y se declara hacerla, ibi, *n.* 222.: *Conquerique de violentia coram eodem consilio cameræ, ubi passim declaratur vim facere nuncium.*

13 Pues si los enunciados autos acordados atribuyen privativamente al Consejo de la cámara entre los negocios de su dotacion los recursos de fuerza que hacen los jueces eclesiásticos, sin exceptuar al nuncio, mezclándose en el conocimiento del patronato; y los autores tampoco le eximen, antes bien le incluyen en la misma disposicion, como lo advierte el señor Salgado, no es de esperar que el Consejo procediese con dictámen contrario en la citada consulta.

14 Los recursos de fuerza en conocer y proceder, que van al Consejo, chancillerías y audiencias, se acaban con la declaracion de la fuerza, en donde se incluye la de no ser competente el juez que conocia de los autos, los cuales se remiten al juez seglar, que de ellos debe conocer, ó se retienen en los tribunales superiores. Esta última parte de remitir ó retener no es relativa á la fuerza, porque está completa con su declaracion, y sirve únicamente para que las partes usen libremente de su derecho en el tribunal competente que se las señale, sin que haya diferencia esencial en remitir ó retener dichos autos.

15 El recurso de nuevos diezmos incluye la fuerza de conocer y proceder, como se fundó en el capítulo primero, parte segunda de estos discursos, y se concluye con la retencion de los obrados por el juez eclesiástico. Tambien se retienen los breves de comision para conocer de las causas en primera instancia en perjuicio del juez ordinario, y no deja de ser esta fuerza de conocer y proceder, quedando en libertad las partes para usar de su derecho ante el ordinario.

16 El citado *auto* 15. *tit.* 6. *lib.* 1. (Ley 14. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) concluye con el parecer siguiente: «Que »aunque en las causas de Patronato »puede efectuarse recurso de fuerza »por incidencia de otras cuestiones en»tre las partes, en este caso se des»pachan las mejoras, ó Provisiones por »el Consejo á quien está cometido pri»vativamente el uso de este económi»co conocimiento, particularmente en »los Autos, que se traen por via de »fuerza del Nuncio.» Pues si el Consejo solo puede conocer de la fuerza que se introduce por incidencia de otras cuestiones entre las partes, confiesa estar inhibido de la de conocer y proceder en las causas de patronato.

17 Las fuerzas que por incidencia pueden introducir las partes en las causas del patronato real, serán únicamente de conocer y proceder, como conoce y procede, ó de no otorgar en el concepto de que toque su conocimiento al juez eclesiástico, ignorando la calidad de patronato real; y en estas circunstancias no puede contraerse el dictámen del Consejo, ni la resolucion de S. M. á las enunciadas causas del patronato: porque lo mismo es ignorar esta calidad, por no haberse tratado ella, que no tenerla, y juzgar de la causa como de fuero comun del eclesiástico.

18 Si en las fuerzas, que llegan al Consejo por incidencia, se advirtiese que la causa toca al patronato real, y que su conocimiento es privativo de la cámara, no procederá el Consejo á declarar la de no otorgar, ni la de en el modo de conocer y proceder, y remitirá los autos originales á la cámara, porque la principal de conocer y proceder es incompatible con las otras dos, como se ha fundado largamente en los discursos anteriores, y lo advirtió el mismo señor Salgado *n.* 200. *en el lugar citado*, ibi: *Et hinc est ut suprema tribunalia non se intromittunt cognoscere de violentiis factis à judicibus*

*ecclesiasticis ordinariis in hujusmodi causis et negotiis juris patronatus regiæ coronæ, sed illa videnda, et tollenda remittunt ad supremum cameræ regium consilium.*

19 Lo cierto es que el Consejo real conocia en lo antiguo de todas las fuerzas que ocurrian sobre beneficios eclesiásticos patrimoniales, sobre los de patronato de legos y sobre los de patronazgo real. Así se expresa en el citado *auto* 6. por la siguiente cláusula: «Y porque ahora he sido informado »que las partes, á quien tocan algunos »de los dichos negocios, acuden á mi »Consejo Real por via de fuerza, don»de se conoce de ellos.»

20 La *ley* 24. *tit.* 3. *lib.* 1. *de la Recop.* (Ley 1. tit. 19. lib. 1. de la Nov. Recop.) trata de las bulas, que ofenden el derecho, que tienen los cabildos de las iglesias, de elegir dos canongías, una para teólogo, y otra para un letrado jurista, y se les manda supliquen de ellas, y que se remitan al Consejo para que allí se provea.

21 La *ley* 25. *siguiente* (Ley 1. tit. 13. lib. 1. de la Nov. Recop.) dispone que las bulas, que se obtuvieren en derogacion de la preeminencia del patronazgo real, y de las demas cosas que expresa, no se ejecuten ni cumplan, y las envien ante Nos, ó ante los del nuestro Consejo, para que se vea y provea la órden que en ello se ha de tener. Por esta ley se encarga la defensa del patronazgo real al Consejo, sin hacer memoria del de la cámara.

22 La *ley* 21. *tit.* 4. *lib.* 2. (Ley 2. tit. 6. lib 4. de la Nov. Recop.) supone que el Consejo conocia de los pleitos y causas que venian á él sobre beneficios patrimoniales y eclesiásticos, los cuales se mandaron remitir á las audiencias.

23 La *ley* 34. *tit.* 5. *lib.* 2. (Ley 26. tit. 1. lib. 5. de la Nov. Recop.) hace memoria de lo mandado en la 21. *tit.* 4. (Ley 2. citada) en cuanto á remitir á las audiencias los pleitos patrimoniales y otros eclesiásticos; y para la mas breve expedicion de ellos dispone lo siguiente: «Que los procesos de pleytos »Eclesiásticos, y de Beneficios patrimo»niales, y de Patronazgo Real, y de le»gos, y los que tuvieren Estrangeros, »ó Naturales, por derecho de Estrange»ro, y los de Calongías Magistrales, ó »Doctorales, que vinieren á las Audien»cias, se vean antes, y primero que »otros pleytos algunos.» Podria dudarse si en la enunciada *ley* 21. (Ley 2. citada) se incluían los pleitos sobre beneficios del patronazgo real, por no hacerse particular expresion de ellos, como se manifiesta en estas palabras, «sobre Beneficios Patrimoniales y Ecle»siásticos;» pero la letra de la enunciada *ley* 34. (Ley 26.) confirma haberse remitido á las audiencias el conocimiento, que antes tenia el Consejo, de las enunciadas causas en los recursos de fuerza. Ultimamente se manda en la citada *ley* 34. «que los Oidores en los »dichos procesos Eclesiásticos dén las »Provisiones, y guarden la órden, se»gun, y como fasta agora se ha acos»tumbrado dar en nuestro Consejo.» En esta última cláusula se prueba mas claramente el antiguo conocimiento del Consejo por via de fuerza en los enunciados pleitos eclesiásticos, así sobre beneficios del patronazgo real como sobre los demas que refiere en su principio.

24 La *ley* 5. *tit.* 6. *lib.* 1. (Ley 6. tit. 17. lib. 1. de la Nov. Recop.) trata de la defensa del patronazgo real contra los que impetran bulas, ó se valen de otros medios para obtener las abadías, dignidades, iglesias y beneficios eclesiásticos, cuya presentacion toca á S. M.; y despues de establecer las penas para los contraventores, y hacer otras muchas explicaciones, concluye con la disposicion siguiente: «Manda»mos á los nuestros Procuradores Fis»cales que, constándoles que alguna, ó »algunas personas uvieren ido, ó veni»do contra lo susodicho, les pidan, y »demanden las dichas penas, y prosigan »las causas contra ellos hasta las fenes»cer, y acabar ante quien, y como »devan.»

25 Dos observaciones se presentan en confirmacion del pensamiento indicado: una que se encarga á los procuradores fiscales que pidan y demanden las dichas penas; y otra que lo hagan ante quien y como deban. No determi-

ria el procurador fiscal, ni señala el tribunal; pues como de unas causas podia conocer el Consejo, ó porque le pareciese conveniente retenerlas, ó porque las hubiese sentenciado en vista, y otras correspondian á las audiencias, quedaron habilitados los respectivos fiscales para pedir y demandar en el tribunal, donde pendiesen dichas causas, las penas señaladas en la citada ley.

26 El *auto* 20. *tit.* 6. *lib.* 1. (No se trasladó) encarga al fiscal de la cámara que pida lo conveniente á impedir y recoger las provisiones que hubieren hecho los ordinarios eclesiásticos, ó por bulas de su santidad, de las iglesias y beneficios del patronazgo real, siendo privativo este encargo de la cámara, como tambien el que se la hace por el citado *auto* 20., su fecha 27 de Octubre de 1735.: porque ya en este tiempo, y desde la cédula de 6 de Enero de 1588, se hallaban inhibidos el Consejo y los demas tribunales de conocer por via de fuerza, ni en otra manera alguna de las enunciadas causas, en que tuviese interes el patronazgo real.

27 Por la oscuridad ó contradiccion de las leyes y autos acordados que van referidos, ó porque no es facil que un tribunal se desprenda en un momento del conocimiento que habia tenido por muchos años, se excitaron frecuentes competencias entre el Consejo real y el de la cámara, como lo asegura el señor Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 10. *número* 198., concluyendo que para evitarlos, y excusar á las partes los grandes gastos que hacian, y ocurrir á otros inconvenientes, habia declarado S. M. tocar á la cámara el conocimiento de las enunciadas causas, inhibiendo al Consejo y á los demas tribunales de conocer en estos recursos de fuerza: *Et hinc est, ut suprema tribunalia non se intromittunt cognoscere de violentiis factis à judicibus ecclesiasticis ordinariis, in hujusmodi causis, et negotiis juris patronatus regiæ coronæ, sed illa videnda, et tollenda remittunt ad supremum cameræ regium consilium, prout ego multoties vidi in hoc senatu Gallo Græco*: Salcedo *de Leg. Polit. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 45.: Ramos *ad LLeg. Juliam et Pap. lib.* 3. *capit.* 56.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

# APÉNDICE AL TOMO SEGUNDO.

Nota 1, *pág.* 2. Desde la época en que escribió el señor Conde de la Cañada hasta nuestros dias, se han hecho reformas esenciales en la materia de que se ocupa, cap. 2.º de la primera parte, tomo 2.º Trata en primer lugar de las visitas hechas por los jueces eclesiásticos, de las memorias, cuyos bienes estan destinados á objetos piadosos, y para ello es necesario tener presente que por la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 1836, quedaron suprimidas todas las vinculaciones de cualquiera especie que fuesen, entre las que solo deben comprenderse, á nuestro modo de ver, las que sean puramente laicales. Sin embargo, en la misma ley se sancionaron disposiciones para lo sucesivo, entre las que se cuentan las que comprenden los artículos 14, 15 y 16. Segun el primero, se halla prohibida para en adelante la fundacion, aunque sea por via de mejora, ú otro cualquier título ó pretesto, de mayorazgos, fideicomisos, patronatos, capellanías, ú obras pías. El art. 15 ordenó que las iglesias, monasterios, conventos, y cualesquiera comunidades eclesiásticas, asi seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y enseñanza, cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes eclesiásticos ó laicales, conocidos con el nombre de manos muertas, no puedan en adelante adquirir bienes algunos, raices ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donacion, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso.

Respecto á las memorias y lugares pios existentes ya al tiempo de la publicacion de la ley de 11 de Octubre de 1820, debe estarse á lo dispuesto en las leyes de 2 de Setiembre de 1841, circular aclaratoria de 14 de Marzo de 1843 y la últimamente sancionada sobre devolucion de bienes al clero secular.

*Nota* 2, *pág.* 6. Tanto en lo relativo al quinto de que trata la ley 13, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Recop., como en lo perteneciente al cumplimiento de misas ó mandas piadosas, que los testadores dejen en sus últimas voluntades, está prohibido á las autoridades eclesiásticas, que bajo el pretesto de visita y cumplimiento entren á formar inventario, como por un abuso reprensible lo hacian en otro tiempo. Los escribanos que abran los testamentos ó los que eleven á escritura pública los nuncupativos, estan obligados á pasar una nota de las mandas piadosas que aquellos comprendan al párroco, á cuya feligresía corresponda el testador, para que procure sea cumplida la última voluntad; mas ni éste ni ninguna autoridad eclesiástica de las que estan autorizadas para practicar la visita pueden por sí propias compeler al cumplimiento de las memorias ó legados pios.

*Nota* 3, *pag.* 15. Abolidos los diezmos se hace imposible de hecho y de derecho el uso de los recursos de fuerza de que trata el señor Conde de la Cañada en el cap. 3.º, parte 1.ª, tomo 2.º

*Nota* 4, *pág.* 26. Suprimidos los patronatos laicales por la ley de 11 de Octubre de 1820, y declarados libres los bienes pertenecientes á capellanías familiares por la de 19 de Agosto de 1841, parece que no puede haber lugar á los recursos de fuerza en conocer y proceder, supuesto que no existen las cosas que pudieran ser objeto del litigio. En efecto, por la ley de 19 de Agosto de 1841 se mandó que en las capellanías familiares colativas vacantes al tiempo de la promulgacion de aquella ley se adjudicasen los bienes como libres á los parientes llamados en la fundacion, guardando las reglas que la misma ley establece, y por consiguiente parece que en adelante no pueden suscitarse pleitos sobre mejor derecho á las capellanías, porque estas ya no existen. Sin embargo, entendiendo los tribunales eclesiásticos en los expedientes de adjudicacion en ciertos casos, pudiera haber lugar al recurso toda vez que se entrometiesen á conocer en mas que aquellos que les estuviera permitido: mas ni aun dentro de estos estrechos límites es posible el recurso, porque el art. 10 de la ley antes citada dispone, que los pleitos sobre adjudicacion de bienes de las capellanías de que la misma trata se sustancien en los juzgados civiles ordinarios; de manera que si algun tribunal eclesiástico se propasa á conocer, lo que no es creible suceda, cometiera un exceso notoriamente arbitrario.

Ocurrian en otro tiempo controversias entre los tribunales eclesiásticos y reales sobre si la capellanía era laical ó eclesiástica, y de aquí sobre si los bienes conservaban el carácter de temporales y profanos, ó se debian conceptuar espiritualizados, lo que influia inmediatamente en la determinacion de la autoridad á que los bienes quedaban sujetos. Las variaciones que respecto á capellanías se han hecho en los últimos tiempos, y la prohibicion de amortizar y crear cualquiera especie de fundaciones, nos obligan á tratar de esta materia bajo dos distintos puntos de vista. Respecto á nuevas fundaciones, no es posible se susciten en adelante recursos de fuerza, porque prohibida la fundacion, claro es que si de hecho dispusiera alguno de sus bienes para erigir una capellanía, no tendria efecto esta última voluntad, supuesto que seria contraria á ley expresa y terminante.

En cuanto á las antiguas capellanías, tampoco es posible que hoy se suscite contestacion alguna entre los tribunales, como no sea por una notoria arbitrariedad del eclesiástico. En efecto, bien sea que la voluntad del fundador fuese la de crear una capellanía eclesiástica, ó bien que se pueda dudar acerca de esta condicion esencial, desde la promulgacion de la ley de 19 de Agosto de 1841 quedaron los bienes reducidos á la clase de profanos, no obstante que el poseedor actual continúe aprovechándolos, porque esta limitacion de la ley no obsta para la reduccion de los bienes á su primitivo estado de libres y temporales. La posesion daba un derecho que los legisladores de 1841 respetaron con razon; y por eso tuvieron que adoptar medidas que hiciesen compatibles la restitucion de los bienes al libre comercio con el respeto á los derechos adquiridos. Partiendo de estas bases acordaron justamente que solo se adjudicasen á los parientes llamados por la fundacion los bienes de las capellanías vacantes, conservando en la posesion y aprovechamiento á los poseedores actuales; mas al mismo tiempo permitieron que pudiesen pedir la declaracion de propiedad los parientes, que si la capellanía estuviere vacante tendrian derecho á la adjudicacion. Esta última declaracion prueba evidentemente que desde 1841 quedaron reducidos de hecho los bienes de capellanías á la condicion de libres y profanos.

Las capellanías familiares no colativas corresponden á la clase de patronatos laicales, al menos segun el contesto literal de la ley de 19 de Agosto citada. Esta clase de fundaciones se suprimieron por la ley de 11 de Octubre de 1820, de modo que con doble razon puede decirse que á los tribunales eclesiásticos no compete intervenir en el cumplimiento de las últimas voluntades judicialmente.

*Nota* 5, *pág*. 31. Los jueces eclesiásticos no están autorizados por nuestras leyes recopiladas para llevar á efecto por sí solos sus sentencias siempre que haya necesidad de proceder á la prision de reos, ó al embargo y venta de sus bienes: mas despues que por reales órdenes se ha mandado que los tribunales eclesiásticos guarden el reglamento provisional para la administracion de justicia en los pleitos ó causas de que conozcan, pudiera dudarse si á la manera que están obligados á su observancia, deberá entenderse que se les confieren tambien las mismas facultades que aquel concede á los jueces y tribunales. Parécenos, que la autorizacion y precepto que á la vez envuelven las disposiciones reales que obligan á los tribunales eclesiásticos al cumplimiento del reglamento provisional, solo deben extenderse á todo aquello que sea compatible con la especie de jurisdiccion que ejercen, ya porque cierta clase de atribuciones, de las que competen á los jueces reales, son absolutamente incompatibles con el carácter de los eclesiásticos, ya porque á estos no les debe ser permitido el uso de la fuerza armada, ya finalmente porque para derogar la jurisprudencia antigua, justa, racional y tan conforme al espíritu evangélico fuera necesaria una ley expresa y terminante que aboliera las anteriores. Así, pues, no obstante lo que las reales órdenes y reglamento disponen, para ejecutar los eclesiásticos sus sentencias en los casos mencionados necesitan impartir el auxilio del brazo secular.

*Nota* 6, *pág*. 31. Conformes con la opinion del señor Conde de la Cañada en cuanto se opone á la interpretacion dada por varios autores prácticos á las leyes 4, 9 y 12, tít. 1, lib. 2 de la Nov. Recop. añadiremos únicamente que las limitaciones que los mismos autores hacen de la regla general prohibitiva comprendida en las leyes mencionadas son contrarias al art. 4 del reglamento provisional, de tal modo que aunque en su apoyo quiera citarse la práctica de algunos tribunales, los jueces cumpliendo con su deber se opondrán siempre á la ejecucion por el eclesiástico de la sentencia que necesite proceder á la prision de un lego ó al embargo y venta de sus bienes.

*Nota* 7, *pág*. 35. La ciencia y paciencia del rey en favor de las prisiones y embargos ejecutados por los eclesiásticos en los casos ó limitaciones de que hace mérito el señor Conde de la Cañada, refiriéndose á Bobadilla, Acevedo y otros, es absolutamente insignificante, de tal modo que no puede alegarse como título justificativo de derecho alguno en favor de los eclesiásticos, porque el rey, á quien de derecho corresponde hacer cumplir las leyes, no puede con su silencio y tolerancia derogarlas, haciendo prevalecer la práctica contraria. El poder legislativo que reside en las córtes con el rey, puede hacer y derogar las leyes, y ninguno de ellos separadamente está facultado para abolirlas tácita ni expresamente.

*Nota* 8, *pág*. 44. La doctrina del señor Conde de la Cañada no es aplicable al sistema actual de gobierno que rige en España, puesto que segun el art. 66 de la Constitucion de 1845, á los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, y segun el 67, por leyes hechas por las córtes con el rey, se ha de determinar los tribunales y juzgados que ha de haber en la nacion, sus facultades, el modo de ejercerlas y las calidades que han de tener sus individuos.

*Nota* 9, *pág*. 51. En la nota cinco expusimos ya las razones en que se funda la ley para exigir que los eclesiásticos impetren el auxilio del brazo secular en los casos en que tengan que proceder contra las personas ó bienes de los legos.

*Nota* 10, *pág*. 54. Trátase en el número 14 del recurso de fuerza contra los eclesiásticos que deniegan las apelaciones legítimas, el cual segun el señor Conde de la Cañada debe tener cabida desde luego que aquellas se hayan despreciado *sin esperar otro algun procedimiento*. Esta última cláusula es dudosa en los términos en que está concebida, por lo que nos proponemos explicarla. A primera vista puede entenderse que luego que el juez eclesiástico haya denegado la apelacion, ó que no la haya admitido en la forma que el derecho prescribe, puede la parte apelante acudir al tribunal real competente quejándose de la fuerza; mas esta interpretacion no explica el verdadero sentido de la cláusula antes inserta, ni puede concebirse que el ilustrado Conde de la Cañada hubiera de contradecirse con sus propias doctrinas. Denegada la apelacion en los tribunales eclesiásticos, necesita prepararse el recurso de fuerza con los tres escritos en que sucesivamente se pretende la revocacion del auto denegatorio de la alzada, y al mismo tiempo se protesta usar del recurso de la fuerza, y es preciso tambien proveerse de testimonio de los escritos mencionados y providencias que en ellos recaigan para acudir al tribunal real superior á quien competa conocer de aquel.

En nuestra opinion ha querido decirse, que la parte litigante, á la que se deniega la apelacion, ó no se le admite con arreglo á derecho, no necesita acudir ante el superior eclesiástico por el recurso de queja, nulidad ú otro cualquiera que pudiera competirle, sino que desde luego puede acudir impetrando el remedio legal de la fuerza, porque el agravio se le causa en el inferior, y la potestad real por el derecho de proteccion está facultada para repararle.

La negativa de la apelacion es indudablemente uno de los mas graves atentados que pueden cometerse en el órden judicial, y por consiguiente en este con mas razon que en otros casos procede la reparacion del agravio que se irroga, y segun el señor Conde de la Cañada justamente y por un derecho indisputable corresponde á la potestad real poner remedio á semejantes injusticias. Nuestras opiniones en un punto tan interesante y delicado no pueden separarse en el fondo de tan ilustrado escritor, mas quisiéramos ver puesto en ejecucion un medio de atender á la reparacion de los agravios causados por los eclesiásticos, que ahogase las quejas y contínuos clamores de estos por la intrusion que suponen hace el poder real al conocer de las fuerzas, pero un medio que no menoscabase, no las regalías, sino los derechos del poder secular. Tratándose de aquellos negocios de que conocen los eclesiásticos en virtud de concesiones de los príncipes y privilegios que con mas ó menos razon se les han concedido, ninguna duda nos queda de que el poder temporal está facultado para deshacer las violencias, porque el poder-dante no tiene obligacion de pasar por los atropellamientos y excesos de su apoderado. Mas para que ningun escrúpulo ni motivo de queja pudiera quedar en cuanto á las causas sobre cosas meramente espirituales, acaso no fuera improcedente crear un tribunal misto de jueces eclesiásticos y seglares bajo la presidencia de persona con nombramiento real para que decidiese si habia ó no exceso por parte del eclesiástico.

*Nota* 11, *pág*. 55. Respecto á los tribunales que han de conocer de los recursos de fuerza se han hecho algunas variaciones por el reglamento provisional declarando á las audiencias competentes para unos casos y al tribunal supremo de justicia para otros. El reglamento provisional en el art. 58, regla cuarta dice, que corresponde conocer á las audiencias de los recursos de fuerza y proteccion que se introduzcan de los tribunales, prelados ú otras cualesquiera autoridades eclesiásticas de su territorio. Fuera de la córte podrán tambien conocer de

estos recursos aun con respecto á regulares existentes en el territorio de la audiencia, cuando se recurra en queja de superior residente en el mismo; pero si el superior residiese fuera del territorio de la audiencia, se limitará esta al solo objeto de proteger la persona del recurrente siempre que haya opresion, y reservará al supremo tribunal de España é Indias el conocimiento del recurso en el fondo. El art. 90 atribuye al supremo tribunal citado el conocimiento de ciertos recursos segun se expresa en las siguientes atribuciones: "octava, conocer de los recursos de fuerza que se interpongan de la nunciatura, del consejo de las Ordenes y de todos los demas tribunales eclesiásticos superiores de la córte:" "novena, conocer de los recursos de proteccion del santo Concilio de Trento, como entendian de ellos los suprimidos consejos de Castilla é Indias." La Constitucion de 1812, cuyo título 5.° se restableció en 1837, atribuye tambien al tribunal supremo de justicia el conocimiento de los recursos de fuerza de todos los tribunales eclesiásticos superiores de la córte; por manera que en el dia pueden sentarse las siguientes reglas generales: primera, toca á las audiencias conocer de los recursos de fuerza y proteccion que se interpongan de los juzgados eclesiásticos de sus respectivos territorios, excepto la de Madrid, á la que no compete el conocimiento de los recursos contra jueces superiores eclesiásticos de la córte: segunda, corresponde al tribunal supremo de justicia conocer de los recursos de fuerza y proteccion que se interpongan: primero, del tribunal supremo de las órdenes; segundo, de la nunciatura: tercero, de los tribunales superiores de la córte: cuarto, de los recursos de proteccion del santo Concilio de Trento.

*Nota* 12, *pág*. 67. Si los tribunales reales al proveer sobre los recursos de fuerza que á ellos hubiesen llegado, y declarando que la comete el eclesiástico en conocer y proceder como conoce y procede, se entrometiesen á decidir sobre el punto litigioso, se excedieran indudablemente de lo que á su jurisdiccion compete, mas limitándose á declarar que el eclesiástico se propasó no guardando la forma de proceder, no se entrometen en agenas atribuciones; ni fuera tampoco extraño ni ilegítimo que al proveer indicasen la forma que debia guardar el eclesiástico en el progreso de la causa, porque pudiendo el poder real prefijar el sistema de actuaciones en los procedimientos eclesiásticos, claro es que no le debe estar vedado hacer lo menos, como es el de, establecido aquel, declarar que se guardára por el ordinario.

*Nota* 13, *pág*. 68. En cuanto á señoríos se han hecho diferentes reformas, extinguiendo los jurisdiccionales, y concediendo el preciso término de dos meses para que los poseedores de los territoriales exhibiesen los títulos en que fundáran su derecho.

*Nota* 14, *pág*. 71. Los tribunales eclesiásticos están autorizados para acordar y llevar á efecto la prision de los clérigos, pero al ejecutarla están obligados á guardar las formalidades establecidas por el reglamento provisional para la administracion de justicia, por las leyes posteriores y la Constitucion de la monarquía; porque si bien es verdad que los clérigos están sujetos á los jueces de la iglesia, no lo es menos que el carácter clerical no les hace perder absolutamente la condicion de ciudadanos españoles, y por lo mismo el poder real está obligado á protegerlos, siempre que se atente á su seguridad individual, ya sea reduciéndoles á una prision indebida, ya faltando á las formalidades que las leyes prescriben con el laudable objeto de impedir los abusos que pudieran cometerse. En esta misma razon se funda la facultad que reside en el poder real para establecer los trámites por los que ha de procederse á la prision de los clérigos.

*Nota* 15, *pág*. 74. El Consejo de Castilla tenia dias señalados para la vista de los recursos de fuerza segun su clase, mas el tribunal supremo de justicia, y las audiencias que en sus casos entienden en aquellos, tienen que señalar dia para la vista, segun corresponda y sea posible atendiendo á los negocios que se hallen pendientes.

*Nota* 16, *pág*. 88. Extinguidos los diezmos, no puede darse caso en el que haya lugar al recurso de fuerza por los excesos que se cometan en la exaccion de nuevos diezmos.

*Nota* 17, *pág*. 124. El ilustrado Conde de la Cañada al tratar de los recursos de fuerza en conocer y proceder que hacen los eclesiásticos, mezclándose en la imposicion y cobranza de tributos reales, se hace cargo de gravísimas cuestiones que resuelve con copia de datos y principios luminosos, que hacen evidentes sus profundos conocimientos y el justo celo con que defendió siempre las regalías de la nacion. Los clérigos, segun este autor, estan sujetos en cuanto á todo género de contribuciones á los jueces reales, y solo cuando en las bulas sobre imposicion de alguna nueva se estipula que la imposicion y cobranza haya de hacerse por los tribunales eclesiásticos es cuando á estos les puede ser lícito intervenir en un asunto que nada tiene de espiritual. Nosotros vemos en semejantes bulas un reconocimiento tácito del poder real en lo relativo á contribuciones é impuestos, porque en el hecho mismo de pedir el pontífice romano que se exprese como condicion indispensable que la distribucion y cobranza haya de hacerse por los jueces eclesiásticos, y de acceder el poder real á ello, reconoce virtualmente que de ordinario reside en la potestad civil la facultad de imponer y cobrar por sí misma. Las innovaciones hechas en los últimos tiempos por las leyes contribuyen á disminuir considerablemente el número de recursos de fuerza que hubieran de promoverse en razon de la cobranza de contribuciones. De estas, las unas son personales, y las otras reales: de estas últimas, las unas gravitan sobre los bienes patrimoniales de los clérigos, y las otras sobre los que les pertenecen por razon de beneficio. En cuanto á las primeras, lo mismo que respecto á las individuales, ninguna duda puede ofrecerse sobre la competencia de los jueces reales para su cobranza, porque sujetos á la potestad civil como otro cualquiera ciudadano, no pueden menos de estarlo tambien á las autoridades, que son comunes á todos. Respecto á los bienes eclesiásticos preciso es tener en cuenta, que los que les han sido devueltos no se administran por los individuos del clero en particular, segun los reales decretos de 23 de Febrero y 26 de Mayo de 1845; y por consiguiente que no es posible que los jueces eclesiásticos intervengan en el dia en la recaudacion de contribuciones que sobre ellos pudieran imponerse. Por otra parte, el estado ha hecho suya la obligacion de alimentar al clero, y al prefijar la asignacion de éste ha declarado explícitamente, que la dotacion señalada se entienda libre de todo género de contribuciones, lo mismo que respecto á los empleados civiles está prevenido. Así, pues, los recursos de fuerza, de que trata el señor Conde de la Cañada en el cap. 4.°, parte 2.ª del tomo 2.°, apenas podrán tener lugar en el dia.

*Nota* 18, *pág*. 135. La ley recopilada 1, tít. 13, lib. 1, previene que las bulas apostólicas que se expidieren y vinieren á España conteniendo derogacion del derecho de patronato de legos, no se ejecuten, y que ante todo se remitan al Consejo para que este las vea y determine lo que respecto á ellas debe hacerse. Extinguido el Consejo, y establecido el tribunal supremo de justicia, se determinó en la atribucion 11 del art. 90 del reglamento provisional, que á éste compete la facultad de hacer que se le presenten las bulas, breves y rescriptos apostólicos para examinarlos y concederles el pase ó retenerlos con arreglo á las leyes. En la atribucion 12, dice el mismo reglamento, corresponde al tribunal supremo examinar tambien y dar ó denegar el pase á las preces que se dirijan á Roma, en aquellos casos en que para tal efecto deben presentarse al tribunal supremo con arreglo á las disposiciones vigentes en la actualidad. El tribunal supremo de justicia reemplazó al supremo

tribunal de España é Indias por real decreto de 13 de Mayo de 1837, y por consiguiente está en el derecho de ejercer las atribuciones que á éste concedia el reglamento. Los fiscales estan encargados tambien en la disposicion tercera del art. 104, de cuidar de solicitar la retencion de las bulas, breves y rescriptos apostólicos atentatorios contra las regalías de S. M. ó de otra manera contrarias á las leyes.

*Nota* 19, *pág.* 149. Véase lo expuesto en la nota anterior.

*Nota* 20, *pág.* 155. La atribucion novena del artículo 90 del reglamento provisional cônfiere al supremo tribunal de España é Indias la facultad de conocer de los recursos de proteccion del santo Concilio de Trento, como entendian de ellos los suprimidos consejos de Castilla y de Indias. Estos recursos son los de que trata el cap. 20, sesion 24, *de Reformatione*, del Concilio de Trento, en el que trata de las causas de que deben conocer los tribunales eclesiásticos y á quienes se interrumpe en el uso de la jurisdiccion.

*Nota* 21, *pág.* 164. El señor Salgado, al tratar del caso en que se introduce recurso por haber provisto la santa sede ó mandado proveer un beneficio en persona que no ha sido presentada por patrono lego, considera bajo el mismo punto de vista el asunto que produce la queja que otro cualquiera negocio puramente civil, en el que la desistencia de las partes ó su consentimiento lo da por terminado. Partiendo de este principio opina que desde el momento en que falta la contradiccion ó repugnancia por parte del patrono cesa el recurso y puede procederse á la ejecucion. Contra este dictámen, sin embargo, se ofrece la dificultad de que el fiscal de S. M. en el supremo tribunal está autorizado para pedir la retencion de bulas, siempre que estas contengan algo que sea contrario á las leyes del reino; y como en aquellos asuntos en los que interviene el ministerio fiscal la avenencia de las partes no estorba el curso de los negocios, algunos prácticos han creido, que á pesar de la cesion del patrono debiera continuarse el recurso en el tribunal supremo. Sin embargo, estamos de acuerdo con la opinion del señor Salgado, porque cuando la parte pudo en el principio avenirse y ceder del derecho que la correspondia, es indudable que cuando quiera que renuncie de su derecho termine la contienda, y la parte fiscal debe desistir.

*Nota* 22, *pág.* 191. No obstante que ha variado la forma de gobierno esencialmente despues que el señor Conde de la Cañada escribió las Instituciones prácticas y observaciones sobre los recursos de fuerza, permanece en todo su vigor la doctrina que sienta en el párrafo 3.°, cap. 1.°, parte 3.ª Al rey está encomendada por la Constitucion del estado la ejecucion de las leyes, y como consecuencia necesaria pesa sobre él la obligacion de mantener en paz el reino. En la parte de administracion de justicia que le atribuye el señor Conde de la Cañada al rey solo corresponde nombrar los jueces y magistrados, y estos son exclusivamente los encargados de dar á cada uno lo que le corresponda, segun el artículo 66 de la Constitucion de 1845.

*Nota* 23, *pág.* 192. Los corregidores y asistentes dejaron de existir, y en el dia no se conocen otros jueces en primera instancia por lo relativo al fuero ordinario mas que los que llevan este mismo nombre, y el tiempo de su servicio es ilimitado.

*Nota* 24, *pág.* 192. El consejo de las Ordenes tenia en otro tiempo facultad para nombrar jueces reales en virtud del señorío jurisdiccional que ejercia, promoviéndose con motivo de las apelaciones que de sus providencias se interponian los conflictos que explica el señor Conde de la Cañada en el párrafo 15, cap. 1.° parte 3.ª Mas extinguidos los señoríos jurisdiccionales, y limitada á la corona la facultad de nombrar jueces y magistrados, no es posible que en el dia haya lugar á los recursos de fuerza que anteriormente producian tales escisiones.

*Nota* 25, *pág.* 199. Para la decision de las competencias se sancionó el siguiente decreto de las córtes de 19 de Abril de 1813, restablecido en 30 de Agosto de 1836. = Las córtes generales y extraordinarias, deseando prevenir todos los casos acerca de las competencias de jurisdiccion en todo el territorio de la monarquía, y teniendo presente lo establecido sobre esta materia en la Constitucion y en la ley de 9 de Octubre próximo pasado, decretan que se guarde y cumpla la siguiente instruccion:

Artículo primero. Corresponde al supremo tribunal de justicia dirimir todas las competencias entre sí en todo el territorio español, y las de las Audiencias con los tribunales especiales que existan en la Península é Islas adyacentes, segun se dispone en el art. 261 de la Constitucion.

Art. 2.° El mismo supremo tribunal dirimirá las que se ofrecieren en la Península é Islas adyacentes entre los jueces ordinarios de primera instancia y los tribunales especiales que no esten sujetos á la jurisdiccion de las Audiencias, con arreglo á lo prevenido en el art. 34, cap. 2.° de la citada ley de 9 de Octubre.

Art. 3.° Asimismo decidirá las que se promovieren en la Península é Islas adyacentes ante los tribunales especiales de distintos territorios, ó que, aunque sean de uno mismo, ejerzan diversa especie de jurisdiccion, ó no tengan ambos un mismo tribunal superior que pueda decidir.

Art. 4.° Conocerá tambien dicho supremo tribunal de las que ocurran en la Península é Islas adyacentes entre una Audiencia y el juez ordinario de distinto territorio, y entre jueces ordinarios de territorios diferentes.

Art. 5.° Pertenece á las Audiencias de ambos hemisferios dirimir las competencias entre todos los jueces subalternos de sus respectivos territorios, segun lo prevenido en el art. 265 de la Constitucion.

Art. 6.° Son jueces subalternos de las Audiencias no solo los ordinarios, sino tambien los de los tribunales especiales creados, ó que se crearen para conocer en primera instancia de determinados negocios con apelaciones á las mismas Audiencias.

Art. 7.° Las competencias que se promuevan en la Península é Islas adyacentes entre los tribunales de guerra y marina, serán dirimidas por el superior especial de guerra, á excepcion de las que ocurran entre comandantes de matrícula de un mismo departamento, que dirimirá su capitan general.

Art. 8.° En Ultramar las que ocurran entre los jueces subalternos de las Audiencias y los tribunales y juzgados especiales, ó entre estos y las Audiencias, se decidirán por la mas inmediata, segun el art. 13, cap. 1.° de la ley de 9 de Octubre.

Art. 9.° La Audiencia territorial decidirá en Ultramar las que se promovieren entre los tribunales especiales de su territorio, aunque no sean subalternos de la misma, cuando entrambos no tuvieren un mismo superior, pues teniéndole, deberá este decidirlas.

Art. 10. Las que se ofrecieren en Ultramar entre los juzgados especiales de distintos territorios, ó entre los jueces ordinarios de territorios diferentes, serán decididas por la Audiencia mas inmediata á la provincia del que las promoviere.

Art. 11. El juez ó juzgado que solicite la inhibicion de otro pasará oficio á éste, manifestando las razones en que se funde y anunciando la competencia; sino cede, contestará el intimado dando las suyas, y aceptándola en su caso; si el primero no se satisface, lo dirá al segundo, y ambos remitirán por el primer correo á la autoridad superior competente los autos que cada uno haya formado.

Art. 12. Cada juez, al remitir los autos, expondrá las razones en que se funde, y este decidirá la competencia en el preciso término de ocho dias.

*Nota* 26, *pág*. 200. Cualquiera que sea el negocio civil en que se contienda sobre la competencia, si los jueces se avienen, solo en el caso de que alguna de las partes ó el ministerio fiscal, á quien tambien se da audiencia, interponga apelacion, se remiten los autos á la Audiencia ó tribunal supremo, conforme á lo prevenido en el decreto que insertamos en la *nota* 25. Si el asunto es criminal, ó los jueces se convienen en que á uno de ellos le corresponde el conocimiento ó no: en el primer caso aquel que cede, está obligado á consultar con la Audiencia de su territorio el auto de inhibicion, para que con vista del resultado de los autos acuerde si está conforme con ella: en caso que no apruebe la inhibicion devuelve los autos al inferior para que éste sostenga la jurisdiccion, y como es natural, que el otro juez insista en la competencia, vendrán por último á parar los autos á la misma Audiencia en sus casos y en otros al tribunal supremó para que dirima la contienda.

*Nota* 27, *pág*. 201. *En la nota* 23, *apéndice al tomo primero* expusimos ya la doctrina establecida por el reglamento provisional en lo relativo á recursos de nulidad de las providencias de los jueces inferiores.

*Nota* 28, *pág*. 205. La doctrina del señor Salgado en cuanto al término para interponer el recurso de nulidad de las sentencias dadas por jueces que carecen de jurisdiccion, ni tiene fundamento alguno legal en su apoyo, ni tampoco es conforme á las bases generales que han servido para cimentar el sistema de procedimientos. Solo por el flujo de interpretar, sin pararse en las consideraciones teóricas en que las leyes se apoyan, ha podido prefijar una excepcion á la vista de una ley que ninguna establece. La ley 1, tít. 18, lib. 11, de la Nov. Recop. sentó una regla general, que no es lícito interpretar ó mas bien limitar á casos especiales. El art. 42 del reglamento provisional confirma este pensamiento, puesto que en la regla primera establece, que el recurso de nulidad haya de interponerse necesariamente dentro del término preciso de cinco dias siguientes al de su notificacion, sopena de que, pasado sin hacerlo, quedará firme y ejecutoriada la sentencia.

*Nota* 29, *pág*. 208. El derecho establecido en las leyes de que hace mérito el señor Conde de la Cañada en el cap. 3, parte 3, tomo 2.º no puede ofrecer motivo alguno de duda para que los jueces eclesiásticos puedan entrometerse é inquietar á la potestad real en el uso de tan importante prerogativa. Sin embargo el poder eclesiástico ambicioso siempre por ensanchar sus prerogativas, ha pretendido por vias de hecho oponerse á las presentaciones que se hacian por el poder real, y el conocimiento de los recursos de fuerza que con este motivo se interponian era privativo de la cámara, y hoy del tribunal supremo de justicia. Sin embargo cuando las cuestiones son relativas á la presentacion y confirmacion de obispos, como sostenidas por las dos potestades soberanas del estado y de la iglesia necesitan arreglarse por otros medios mas lentos y mas prudentes, si se quiere, que el del recurso de fuerza.

*Nota* 30, *pág*. 250. La ley recopilada transcrita por el señor Conde de la Cañada ha sido derogada por el real decreto de 8 de Junio de 1813, restablecido en 8 de Setiembre de 1836, el que en el artículo 1.º previene, que todas las dehesas, heredades y demas tierras pertenecientes á dominio particular se declaran cerradas y acotadas perpetuamente, y que sus dueños puedan cerrarlas sin perjuicio de cañadas, abrevaderos y demas servidumbres.

# INDICE GENERAL

## DE LAS COSAS MAS NOTABLES DE ESTA OBRA.

## A

# B

# C





# D

## E



## F

## G



## H

# I



# J

## L



## M

## N



## O

# P



# R

## S

## T



